

LA
PLURALITÉ DES TUTEURS
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 10 décembre 1927, à 2 heures.

PAR

André LECOMTE

Président.....	M. COLLINET, professeur.
Suffragants ...	MM. GIFFARD, professeur.
	FLINIAUX, professeur.

SOCIÉTÉ ANONYME

DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie.

1927



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PLURALITÉ DES TUTEURS
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 10 décembre 1927, à 2 heures.

PAR

André LECOMTE

Président.....	M. COLLINET, professeur.
Suffragants ...	MM. GIFFARD, professeur.
	FLINIAUX, professeur.

SOCIÉTÉ ANONYME

DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie.

1927

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LA

PLURALITÉ DES TUTEURS

EN DROIT ROMAIN

AVANT-PROPOS

Le principe de la pluralité des tuteurs n'est généralement pas admis par les législations contemporaines.

Il est notamment exclu du Code civil français.

Celui-ci ne prévoit, en effet, que trois cas particuliers, où la pluralité des tuteurs est exceptionnellement appliquée :

I. — Lorsqu'une femme chargée de la tutelle se marie ou se remarie, son époux devient, aux termes de l'article 396, de plein droit tuteur à ses côtés.

II. — Lorsqu'un pupille, domicilié en France, possède des biens situés aux colonies ou qu'inversement, domicilié aux colonies, il a des biens en France, l'article 447 prévoit, pour ces biens éloignés du siège de la tutelle, la désignation d'un second tuteur ou *protuteur*, complètement indépendant du tuteur proprement dit.

III. — Lorsque le mari de la mère d'un mineur introduit une action en désaveu, le Code civil prévoit la nomination d'un tuteur *ad hoc* contre qui l'action en désaveu sera introduite (art. 318).

De même, lorsque dans un partage plusieurs mineurs ont des intérêts opposés, on nomme à chacun un tuteur spécial et particulier, c'est-à-dire également un tuteur *ad hoc* (article 838).

D'ailleurs remarquons que, dans les deux derniers cas, il n'y a pas tutelle gérée en commun par plusieurs tuteurs, mais en fait deux tutelles juxtaposées sans relation l'une avec l'autre.

D'une part, nous l'avons dit, le protuteur est absolument indépendant du tuteur. D'autre part, le tuteur *ad hoc* intervient uniquement à la conclusion de l'acte en vue duquel il a été nommé, et le tuteur en fonctions continue à intervenir seul à tous les autres actes de la gestion.

La situation est identique, lorsque c'est le subrogé tuteur qui se trouve investi de la tutelle, parce que le tuteur est en opposition d'intérêts avec le pupille.

Mais si notre Code civil ne s'occupe, d'une façon générale, que de la tutelle unique, doit-on en conclure que la pluralité des tuteurs se trouve par là même exclue de notre droit?

La doctrine a généralement répondu avec la jurisprudence affirmativement, en interdisant la pluralité des tuteurs (1).

(1) En ce sens : TOULLIER, t. II, n° 1123; DE FRÉMENVILLE, t. I, n° 22; DEMOLOMBE, t. VII, n. 220 et s.; AUBRY et RAU, t. I, § 89; BAUDRY-LACANTINERIE, t. V, n° 367. *Contra* : DURANTON, t. III, n° 444; HUC, t. IV, n°s 283 et s.; PLANIOL, t. I, n° 1821; COLIN et CAPITANT, 3^e édit., t. I, p. 487 et 488.

Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence admettent du moins que deux tuteurs soient nommés ensemble à un même mineur : l'un

Si bien que, dans notre droit, le principe de la tutelle unique est à la fois le seul admis par les auteurs et par les tribunaux.

Comme le Code civil français, le Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, n'envisage qu'à titre exceptionnel la pluralité des tuteurs.

Au § 1773, il déclare :

« Le Tribunal des tutelles ne doit installer qu'un seul tuteur, soit pour un pupille, soit, s'il y a lieu de mettre en tutelle plusieurs frères et sœurs, pour tous les pupilles, à moins de motifs particuliers pour l'installation de plusieurs tuteurs. » (2).

Et les §§ 1797 et 1798 précisent la situation créée par la présence de plusieurs tuteurs de la façon suivante :

1° Si la gestion de la tutelle est indivise entre plusieurs tuteurs et s'il se produit entre eux, à propos d'une décision quelconque intéressant le pupille, une divergence d'opinions, le Tribunal des tutelles (3) les départagera, à moins qu'il n'en ait été autrement décidé lors de l'installation des tuteurs.

2° Le Tribunal des tutelles peut répartir la gestion de la tutelle entre plusieurs tuteurs, en déterminant la sphère

étant chargé de la personne et l'autre des biens : DEMOLOMBE, t. VII, nos 224 et 225; AUBRY et RAU, t. I, § 89, p. 591; HUC, t. IV, n° 283; Dijon, 24 mai 1862, D. P., 62, 2, 124; Req., 14 décembre 1863, D. P., 64, 1, 63; Tribunal civil de la Seine, 14 novembre 1911, D. P., 1915, 3, 11. Mais le soin de la personne du pupille et celui de ses biens constituent deux sphères d'attributions totalement différentes, et, pour chacune, le principe de la tutelle unique subsiste.

(2) *Code civil allemand, Traduction de l'Office de législation étrangère et de droit international*, p. 397 et 398.

(3) Le Tribunal des tutelles est, en droit allemand, l'organe supérieur de la tutelle, qui nomme ou confirme les tuteurs et contrôle leur gestion. Voir entre autres les §§ 1774, 1821, 1822 et 1840.

d'action de chacun d'eux. Dans la limite de cette sphère d'action, chaque tuteur est totalement indépendant.

3° Si le père ou la mère du mineur ont prévu les conditions de la gestion commune de la tutelle ou de sa répartition entre les tuteurs, le Tribunal des tutelles doit se conformer à leurs décisions. Il ne peut en être autrement que si le père ou la mère n'avaient pas qualité pour pourvoir à la tutelle de leur enfant (4) ou si leurs volontés sont contraires aux intérêts de celui-ci.

4° Dans le cas où la tutelle n'est pas à proprement parler exercée par plusieurs tuteurs, mais où le soin de la personne du pupille et le soin de son patrimoine ont été confiés à deux tuteurs différents, c'est également au Tribunal des tutelles qu'il appartient de les départager, quand ils sont en désaccord sur une décision à prendre.

C'est de même à titre exceptionnel que le Code civil suisse du 10 décembre 1907 prévoit la pluralité des tuteurs. D'ailleurs il est très laconique sur cette question.

A l'article 379 (3), il déclare que l'Autorité tutélaire (6) peut, si les circonstances l'exigent, désigner plusieurs tuteurs avec mission d'administrer en commun ou dans la limite des attributions conférées à chacun d'eux. Mais aucune précision n'est donnée sur la nature des « circonstances exigeant la pluralité des tuteurs ». En tout cas, la tutelle unique reste le droit commun, à telle enseigne que l'article 379 prévoit *in fine* l'impossibilité d'obliger contre

(4) Le § 1777 prévoit que le père, comme la mère, ne peut désigner un tuteur qu'à condition qu'à l'époque de sa mort, il exerce encore la puissance paternelle sur son enfant.

(3) Code civil suisse du 10 décembre 1907, Edition dans les trois langues nationales, p. 169.

(6) L'Autorité tutélaire correspond au Tribunal des tutelles du droit allemand. Elle est désignée par les cantons (art. 361).

leur gré plusieurs personnes à administrer en commun une même tutelle.

Enfin le Code civil espagnol fait, lui aussi, allusion à la pluralité des tuteurs. L'article 208 est en effet ainsi conçu :

« Aussi bien le père que la mère peuvent ou nommer un tuteur pour chacun de leurs enfants, ou faire diverses désignations afin que les tuteurs nommés se remplacent les uns les autres » (7).

Ainsi donc, la législation espagnole admet d'une façon plus large que les législations précédentes la pluralité des tuteurs. Celle-ci peut intervenir au gré des parents, sans qu'il s'agisse, comme dans le Code allemand ou le Code suisse, de circonstances exceptionnelles.

Mais elle n'est pas instituée en vue d'une gestion simultanée des cotuteurs, puisque l'article 208 prévoit qu'elle aura lieu pour permettre aux tuteurs nommés de se remplacer les uns les autres.

Il s'agit plutôt d'une tutelle alternative entre plusieurs tuteurs que d'une cotutelle.

Nous pouvons donc conclure de cet examen rapide que les législations française, allemande et suisse, qui sont les seules à prévoir la pluralité des tuteurs, ne l'envisagent que comme une exception à la tutelle unique.

.....

En droit romain, au contraire, le principe de la pluralité des tuteurs était formellement admis. D'application fréquente au cas de désignation des tuteurs par testament ou par les magistrats, la cotutelle devenait obligatoire, lorsque la tutelle était légitime.

Il existe un grand nombre de textes, tant de l'Epoque

(7) *Codigo civil espanol relacionado con las leyes vigentes anotado por Don Dionisio Doblado*, p. 103.

Classique que du Bas-Empire, donnant des décisions très variées sur la désignation, sur la gestion et sur la responsabilité des cotuteurs et permettant de construire un système très complet, sinon toujours très précis (8).

Et cependant, jusqu'à ce jour, la pluralité des tuteurs a été presque complètement ignorée des interprètes. Du moins ne l'examine-t-on ordinairement que comme un cas particulier de la tutelle unique.

Les manuels de MM. Cuq et Girard comme celui de Windscheid, comme d'ailleurs les études de Rudorff (*Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*), ou de M. Taubenschlag (*Vormundschaftsrechtliche Studien*), envisagent la tutelle du point de vue d'un tuteur unique et ne parlent de la pluralité des tuteurs qu'incidemment et en peu de mots.

Seul M. Lévy a examiné la question en elle-même, dans une monographie assez longue intitulée *Haftung mehrerer Tutoren* et parue dans le tome 37 (année 1916) de la *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (désignée dans la suite par l'abréviation Z). Mais il s'est uniquement placé, comme le titre l'indique, au point de vue de la responsabilité des cotuteurs.

Sans doute cette partie du problème est-elle la plus importante et offre-t-elle le plus de difficultés, mais ce n'est pas la seule. M. Lévy n'a rien dit, sinon en se plaçant au point de vue de la responsabilité, des différents modes de gestion, des conditions d'application de la pluralité des

(8) Si, en effet, la variété des textes permet d'examiner les différents aspects de la pluralité des tuteurs, leur précision n'est pas suffisante pour ne laisser aucune question dans l'ombre.

Et si même on a affaire à un fragment suffisamment net permettant d'en déduire une solution précise, on trouve rarement pour l'appuyer d'autres textes. Si bien que, réduit à une opinion isolée, on ne peut conclure avec certitude.

tuteurs aux différentes formes de la tutelle. Si bien que son travail, pour si intéressant qu'il soit, nous laissait encore des questions à étudier personnellement.

Indépendamment de M. Lévy, on peut citer comme seuls auteurs ayant touché la matière : MM. Solazzi et Bonfante.

M. Solazzi a écrit un ouvrage sur la tutelle : *Minore Eta*, il y a également consacré un article : *Tutele e curatele*, dans la *Rivista italiana per la scienze giuridiche* (années 1913, 1914 et 1915) (désignée dans la suite par l'abréviation RIV.). Dans ces deux études, on relève un assez grand nombre de renseignements relatifs à la pluralité des tuteurs.

M. Bonfante, lui aussi, dans le premier tome de son *Corso di Diritto romano* paraît donner un peu plus d'importance à notre question que les précédents auteurs.

Il nous reste à citer quelques critiques, qui ont bien examiné un certain nombre des textes relatifs à la pluralité des tuteurs, mais seulement à l'occasion d'une question étrangère.

Ainsi M. Ascoli a relevé et étudié quelques fragments dans une monographie sur les obligations solidaires, *Sulle obbligazioni solidali* parue au tome XI des *Studi e documenti di storia e diritto*; de même Binder, également à propos des obligations solidaires, dans son ouvrage intitulé *Korrealobligationen*; M. Beseler dans ses *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*; Eisele dans son étude sur la solidarité, *Correalität und Solidarität*, parue dans le tome 77 de l'*Archiv für der civilistische Praxis* (désigné dans la suite par l'abréviation ARCHIV).

.....
Etant donné l'absence d'une étude complète de la pluralité des tuteurs en droit romain, M. le professeur Colinet a pensé avec juste raison qu'il serait intéressant de

dépouiller les textes qui s'y rapportent (9) et de mettre sur pied une théorie d'ensemble.

Nous nous sommes proposé dans cet ouvrage de donner un aperçu des différents problèmes, que la pluralité des tuteurs soulève et de les résoudre avec l'appui des textes et des auteurs.

Et nous nous sommes efforcé, quand nous étions obligé de construire des hypothèses, de ne pas perdre de vue l'esprit général des textes.

Nous avons recherché également à marquer l'évolution du droit, de l'Epoque Classique au Bas-Empire en tenant compte des interpolations. Nous avons utilisé à cette fin avec beaucoup de profit les travaux de nos devanciers (10).

(9) Ces textes, dans la grande majorité, se réfèrent expressément à la tutelle des impubères. Un seul vise la tutelle des femmes. C'est pourquoi nous avons étudié la pluralité des tuteurs du point de vue de la tutelle des impubères, réservant au terme de notre ouvrage un court chapitre à la pluralité des tuteurs en matière de tutelle des femmes.

(10) Et c'est précisément parce que l'important ouvrage de Rudorff sur la tutelle, *Das Recht der Vormundschaft*, ne se préoccupe nullement des interpolations (ce qui ne doit d'ailleurs pas nous étonner puisqu'il remonte à 1834, alors que les premières études suivies sur les interpolations sont postérieures de cinquante ans) que nous le citons si peu dans notre étude.

En effet, en rapportant telles quelles les décisions des textes, il arrive très souvent à des conclusions fausses, parce que les fragments desquels il déduit ces conclusions reproduisent l'opinion des compilateurs, c'est-à-dire du Bas-Empire et non celle du jurisconsulte classique à qui elles sont attribuées.

C'est ainsi, par exemple, qu'il admet d'une façon générale que la personne chargée des intérêts d'une pupille par acte de dernière volonté ou par désignation du magistrat peut être indifféremment un tuteur ou un curateur, alors que c'est seulement au Bas-Empire, nous le verrons, que le rapprochement entre les deux fonctions a eu lieu.

D'ailleurs, ne l'oublions pas, Rudorff n'a pas fait une étude méthodique de la pluralité des tuteurs, mais il n'a examiné la question qu'incidemment, en de rares et courts paragraphes.

Nous espérons que cette étude ne présentera pas seulement un intérêt purement historique.

En effet, d'une part, puisque toutes les législations modernes n'ont pas renoncé complètement à la pluralité des tuteurs, mais qu'au contraire les codifications les plus récentes lui font encore une place, si petite soit-elle, on peut supposer que, dans l'avenir, cette institution se développe et que l'application en devienne plus fréquente. Les rares indications que les lois en donnent actuellement seront alors insuffisantes et l'élaboration de nouvelles règles s'imposera. Il semble que la connaissance des principes du droit romain en la matière ne pourra que faciliter cette élaboration.

D'autre part, l'étude d'une institution romaine, qu'elle ait ou non laissé des survivances dans le droit contemporain, permet de faire connaître la technique des jurisconsultes latins. Or il ne peut être que profitable aux législateurs, s'ils veulent édifier une œuvre solide et durable, de prendre cette technique comme modèle.

En terminant, nous tenons à exprimer à M. le professeur Collinet notre vive gratitude pour ses précieux conseils, qui nous ont permis de conduire à bonne fin une œuvre que la critique ne jugera peut-être pas trop imparfaite

TITRE PREMIER

PRINCIPE DE LA PLURALITÉ DES TUTEURS

Le droit romain a connu trois sources de tutelle des impubères :

- 1° La tutelle testamentaire;
- 2° La tutelle légitime;
- 3° La tutelle dative.

Nous allons examiner un certain nombre de textes démontrant la pluralité des tuteurs dans les trois formes de tutelle ci-dessus indiquées.

CHAPITRE PREMIER

PLURALITE DES TUTEURS TESTAMENTAIRES

Le tuteur testamentaire est, rappelons-le, « le tuteur nommé par le père dans son testament » (1).

A l'Epoque Classique, nous trouvons de nombreux textes sur la pluralité des tuteurs testamentaires. Paul exprime en termes formels la possibilité pour un testateur de nommer plusieurs tuteurs à son enfant (2). Ulpien y fait allusion (3).

Scaevola en parle également dans une loi qu'il est intéressant de retenir à deux points de vue.

Il nous apprend d'une part que le père de famille à Rome avait l'habitude de désigner dans son testament plusieurs tuteurs à son enfant mineur.

En effet, dans l'espèce envisagée, il s'agit d'un *paterfamilias* qui, s'étant aperçu que certains des tuteurs qu'il avait désignés dans son testament étaient décédés ou pou-

(1) Définition donnée par GIRARD, *Droit Romain*, 7^e éd., p. 213. Voir également GAIUS (*L. 12 ad edict. provinc.*), *D.*, 26, 2, 1, pr.

(2) PAUL (*L. Sing. de testam.*), *Fr. Vat.*, 230 (Textes de GIRARD, 5^e éd.). : ...*Pluribus quoque liberis unus tutor, item uni plures dari possunt.*

(3) ULPIDIEN (*L. 37 ad Sab.*), *D.*, 26, 2, 11, 4 : *Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit... poterit dari alius* et (*L. 33 ad Edict.*), *D.* 26, 7, 3, 1, étudié *infra*, p. 94.

vaient se faire excuser de la tutelle, s'empresse d'en nommer d'autres par codicille⁽⁴⁾.

D'autre part, il nous fait connaître la faveur dont jouit la tutelle testamentaire. En effet, en droit strict, une désignation de tuteurs par acte de dernière volonté étant une disposition testamentaire, se trouve, par ce fait même, soumise aux règles de forme des dispositions testamentaires.

Or, l'institution d'héritier ne peut s'effectuer par codicille, même après qu'Auguste a reconnu la validité de ce dernier. Seuls les legs peuvent être contenus dans un codicille, mais encore à condition que le testateur l'ait confirmé par avance dans un testament antérieur⁽⁵⁾.

Aussi Scaevola, en indiquant que des tuteurs ont été désignés dans un codicille, sans mettre en doute la validité de cette désignation⁽⁶⁾, les fait bénéficier de la dérogation accordée aux legs. Et cette dérogation ne peut se comprendre que motivée par une préférence marquée des Romains pour la tutelle testamentaire. Préférence qui se justifie d'ailleurs parfaitement : personne, aussi bien que le père, en raison même de l'affection qu'il porte à son enfant, ne saura dis-

(4) SCAEVOLA (*L. 10 dig.*), *D.*, 26, 2, 34 : *Cum codicillis ideo alios tutores dare significasset, quoniam testamento datos quosdam defunctos aut excusationem habere posse comperisset, an nihilo minus qui eorum viverent nec excusati essent, tutores permanerent? respondit nihil proponi, cur non permanerent.*

(5) Voir sur cette question GIRARD, *op. cit.*, p. 963 et CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 693 et 768 et les références citées par ces auteurs.

(6) En effet la fin du texte de Scaevola pose la question de savoir, non pas si les tuteurs désignés par codicille seront effectivement tuteurs, mais si les tuteurs nommés par testament, survivants ou qui ne se sont pas fait excuser de la tutelle, seront maintenus dans leurs fonctions.

cerner dans son entourage le parent ou l'ami susceptible de le remplacer au mieux.

Cette faveur pour la tutelle testamentaire est en outre indiquée par un texte de Tryphoninus, où il est question de la confirmation par décret, à la requête de la mère, des tuteurs testamentaires désignés irrégulièrement par codicille ou par testament (7).

Ainsi, non seulement est valable la nomination de tuteurs par codicille, mais l'est également toute nomination irrégulière contenue dans un testament ou dans un codicille, sous réserve toutefois d'une confirmation par décret du magistrat (8).

A l'époque de Justinien, la tendance de l'Epoque Classique à admettre la pluralité des tuteurs en matière de tutelle testamentaire s'affirme davantage. A la question de savoir comment il y a lieu d'interpréter une clause testamentaire ainsi conçue : *illum aut illum tutorem esse volo*, Justinien n'hésite pas à répondre que la conjonction *aut* est mise pour *et*, de même que dans l'expression *quod vi aut clam*.

Par suite, on doit comprendre cette clause comme une désignation de deux tuteurs et non comme une désignation d'un seul tuteur à choisir entre deux.

Et, ajoute Justinien, cette interprétation sera préférable, car ainsi on aura évité toute tergiversation préjudiciable aux intérêts du pupille (9).

(7) TRYPHONINUS (*L. 13 disput.*), *D.*, 26, 6, 4, pr., cité *infra*, p. 26, n. 6.

(8) En ce sens également ULPIN, *D.*, 26, 7, 3, 1, déjà cité.

(9) JUSTINIEN, *C.*, 6, 38, 4, pr., 1a, 1b, 1c : *Cum quidam sic... tutelam scripsisset... « illum aut illum... tutorem esse volo » ...dubitabatur, utrumne inutilis sit huiusmodi... tutoris datio... an ambo in huiusmodi... munia vocentur et an secundum aliquem ordinem admittantur, an uterque omnimodo... Melius itaque nobis visum est... coniunctionem aut pro et accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit*

παράδιόζευξις, ut et primam personam inducat et secundum non repellat. Quemadmodum enim verbi gratia in interdicto quod vi aut clam « aut » coniunctio pro « et » apertissime posita est, ita et in omnibus huiusmodi casibus... tutelarum hoc est intelligendum... tutoris ambo fungantur officio... Sic maior providentia pupillis inferatur, ne, dum dubitatur, apud quem debet esse tutela, in medio res pupillorum depereant.

Il est intéressant de rapprocher de l'opinion de Justinien un passage de Paul (L. 6 Quaest., D., 26, 2, 30 et Fr. Vat., 227), ainsi conçu :

... Duo sunt Titi pater et filius; datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator : quaero quid sit iuris. Respondit : Is datus est, quem dare se testator sensit; si id non adparet, non ius deficit, sed probatio, ergo neuter est tutor.

D'ailleurs l'hypothèse qu'envisage Paul n'est pas identique à celle que prévoit Justinien. Dans un cas, en effet, il s'agit d'un testateur qui a eu l'intention de nommer à la tutelle une personne bien déterminée, mais il se trouve qu'en raison du défaut de précision de sa désignation, on est en présence de deux personnes portant toutes deux le nom du tuteur prévu au testament.

Dans l'autre, au contraire, le testateur a eu l'intention de laisser le choix du tuteur au prêteur, se contentant d'indiquer les deux personnes entre lesquelles il désirait que ce choix fût fait.

Et tandis que Justinien, nous l'avons vu, tranchait la question du concours entre les deux candidats tuteurs en les appelant tous deux à la tutelle, Paul la résolvait en les en écartant l'un et l'autre.

Cette différence apparaît du reste très logique.

Lorsque le testateur désire indifféremment voir tel ou tel exercer les fonctions de tuteur, ce n'est pas aller contre sa volonté que de décider que tel et tel se partageront la tutelle.

Quant au contraire il n'a entendu nommer comme tuteur qu'une seule personne bien déterminée, mais que deux personnes répondent à la désignation imprécise de son testament, il semble convenable, pour éviter toute méprise, d'écarter les deux candidats de la tutelle.

CHAPITRE II

PLURALITE DES TUTEURS LEGITIMES.

§ 1. — *Pluralité des tuteurs légitimes proprement dits.*

Nous venons de voir que la pluralité des tuteurs testamentaires est habituelle tant à l'Epoque Classique que sous Justinien.

En matière de tutelle légitime, si le pupille a plusieurs parents de même degré, tous « obligatoirement » assument les fonctions de tuteur.

Nous savons en effet que, quand un *paterfamilias* n'a pas désigné un tuteur ou des tuteurs à son enfant, la tutelle est dévolue d'abord aux agnats, étant préféré l'agnat le plus proche (1), puis, à défaut, aux *gentiles* et, dans certains cas, au patron (2). La tutelle gentilice est tombée en désuétude sous Auguste (3), mais la tutelle agnatique et la tutelle du patron se sont maintenues.

Il y a corrélation entre la vocation à la tutelle légitime et la vocation à la succession du pupille (4), et ceci n'est

(1) GAIUS (*L. 12 ad Edict. prov.*), *D.*, 26, 4, 9 : *Si plures sunt adgnati, proximus tutelam nanciscitur.*

(2) Voir *infra*, ULPEN, *D.*, 26, 4, 3, pr.

(3) GAIUS, III, 17.

(4) Loi des Douze Tables, 5, 4, 5 : *Si intestato moritur cui suus heres nec escit agnatus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento, et si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur.*

pas un hasard : ainsi que le dit Ulpien, la tutelle est attribuée aux héritiers éventuels du pupille parce qu'il est de son intérêt que la défense de ses biens soit confiée à ceux appelés éventuellement à les recueillir par succession (5).

Et, de même que les oncles paternels d'un enfant dont le père est décédé, deviennent de ce jour héritiers éventuels de leur neveu, de même sont-ils tenus tous ensemble des soins de sa tutelle. Aucun doute n'est possible sur l'obligation qui incombe à tous les agnats de degré identique et le plus proche, d'assurer ensemble la charge de la tutelle.

Gaius (6) le déclare en termes formels :

...et, si eodem gradu plures (s.-ent. adgnati) sint, omnes tutelam nanciscuntur.

D'ailleurs, le cas d'un pupille ayant plusieurs oncles paternels ou plusieurs frères pubères est fréquent en pratique.

Mais l'est beaucoup moins le cas suivant, envisagé par Paul :

Un père est décédé, laissant, en même temps qu'un fils impubère, un frère et un petit-fils d'un autre fils, tous deux pubères.

Il décide, conformément au principe posé par Gaius, que l'oncle et le neveu de l'impubère seront tous deux tuteurs, parce qu'étant au même degré (7).

(5) ULPYEN (L. 14 ad Sab.), D., 26, 4, 1, pr. *...hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*

(6) GAIUS (L. 12 ad Edict. prov.), D., 26, 4, 9.

(7) PAUL (L. 38 ad Edict.), D., 26, 4, 8 : *Si reliquero filium impuberem et fratrem et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores, si perfectae aetatis sunt, quia eodem gradu sunt.*

Perfectae aetatis semble, par opposition à *impuberem*, désigner la puberté. Cependant l'expression, qui se trouve aux Institutes (1, 19),

Incontestablement le cas d'un oncle ayant un neveu plus âgé que lui est dans la pratique excessivement rare. Et ceci permet de supposer que Paul l'a choisi à dessein, pour montrer la rigueur du principe de la pluralité des tuteurs, quand il y a pluralité d'agnats de même degré, puisque ce principe continue de s'appliquer, alors même qu'il met l'oncle sous la garde du neveu.

§ 2. — *Pluralité des tuteurs et patronat.*

La règle de Gaius s'applique à la tutelle du patron.

Une loi d'Ulpien l'indique : elle précise en effet que la tutelle légitime, qui est déléguée aux patrons par la loi des XII Tables, ne leur est pas dévolue spécialement et nominativement, mais en vertu des règles héréditaires dérivées du patronat (8).

a été traduite par Théophile (I, 19, FERRINI, p. 76) par majorité de vingt-cinq ans. Et Justinien confirme cette traduction par la constitution 5 (C., 5, 30) ainsi conçue :

Nemo neque frater neque alius legitimus in tutelam sive ingenui sive liberti vocetur, antequam quintum et vicesimum annum suae aetatis impleat...

Mais à l'Epoque Classique, si l'on en croit Modestin, D. 27, 1, 10, 7, cité *infra*, p. 57, n. 17, on pouvait désigner comme tuteur un mineur de 25 ans, sous cette réserve que jusqu'à sa majorité il était remplacé par un curateur intérimaire.

(8) ULPEN (*L. 37 ad Sab.*), D., 26, 4, 3, pr. : *Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.*

Voir en ce sens également *Inst.*, I, 17. Si, dit Justinien, les patrons sont appelés à la tutelle, c'est parce qu'héritiers éventuels de leurs affranchis morts intestats et en vertu de cette idée que ceux qui peuvent espérer hériter doivent être chargés de la tutelle. Mais il précise que, dans certains cas, le tuteur peut ne pas être l'héritier éventuel de son pupille.

...Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere,

En autres termes, en décidant que le patron serait tuteur légitime de son affranchi impubère, la loi des Douze Tables n'a pas pris en considération sa qualité de patron; elle n'a fait que lui appliquer le principe selon lequel sont appelés à la tutelle les héritiers éventuels du pupille. Car nous savons (9) que le patron est appelé à la succession *ab intestat* de son affranchi mort sans héritier sien.

On peut dire, pour le patron comme pour l'agnat, que la charge de la tutelle est corrélative d'un droit éventuel de succession.

Dans ces conditions, il y a lieu d'appliquer la règle de la pluralité des tuteurs à la tutelle dérivée du patronat, comme on l'applique à la tutelle des agnats. Si l'affranchi impubère a deux patrons, tous deux devront être ensemble ses tuteurs, puisque tous deux sont éventuellement ses héritiers.

§ 3. — *Pluralité des tuteurs fiduciaires.*

Modestin admet l'application de la règle de Gaius également aux tuteurs fiduciaires.

A la mort d'une personne, s'il existe des enfants pubères, ils sont considérés comme tuteurs fiduciaires de leur frère ou sœur (10).

Cette extension du principe de l'obligation de la pluralité des tuteurs légitimes aux tuteurs fiduciaires s'explique d'ailleurs parfaitement.

crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelam ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem vocat, eosdem et tutores esse iussit et quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius est tutor.

(9) GAIUS, III, 40. Cette vocation héréditaire résulte d'ailleurs implicitement du fragment d'Ulpien, *D.*, 26, 4, 1, pr., cité *infra*, p. 22.

(10) MODESTIN (*L. 4 diff.*), *D.*, 26, 4, 4 : *Quo defuncto, si liberi perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.*

On sait que l'émancipation s'effectuait par trois affranchissements successifs, intervenant à la suite de trois mancipations fictives, *nummo uno*. Le tiers affranchissant devenait tuteur légitime en même temps que patron. Mais, comme les affranchissements avaient été faits en vertu d'un pacte de fiducie, adjoint aux trois mancipations fictives, on lui donnait le nom de « tuteur fiduciaire ».

Dans la pratique, le père, désireux d'être lui-même tuteur de l'enfant qu'il émancipait, se le faisait remanciper après la troisième vente fictive, et l'affranchissait lui-même. Ce faisant, il devenait son patron et en même temps son tuteur. Il prenait le titre de « tuteur légitime », auquel lui donnait droit sa qualité de patron du pupille. Au contraire, ses enfants, qui, à sa mort, étaient appelés à la tutelle, reprenaient le titre de tuteurs fiduciaires (14).

(14) GAIUS, I, 175. *Inst.*, I, 49.

Justinien cherche à expliquer pourquoi les enfants pubères du père, qui a affranchi un de leurs frères impubères pour l'émanciper, sont tuteurs fiduciaires de celui-ci, alors que les enfants d'un patron sont, d'une façon générale, à sa mort, tuteurs légitimes de son affranchi. Le motif qu'il donne de cette différence est le suivant :

S'il n'avait pas été émancipé, l'enfant serait devenu à la mort de son père *sui iuris* et ne serait par conséquent pas tombé en puissance de ses frères, tandis que l'affranchi, s'il était resté esclave, à la mort du maître, serait tombé sous la puissance des enfants de celui-ci.

L'explication ne vaut rien. Accarias et Ortolan l'ont démontré en termes excellents. Nous renvoyons à leurs ouvrages : ACCARIAS, *Droit romain*, 4^e éd., t. I, p. 343; ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 12^e éd., t. I, p. 163 et 166.

Mais il est un point sur lequel il y a lieu, à notre avis, d'insister :

Le passage des Institutes qui nous intéresse est ainsi conçu, d'après la treizième édition de Krueger : *...quoniam filius quidem defuncti; si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur nec in fratrum potestatem recideret ideoque nec in tutelam...*

Et la traduction en diffère suivant que l'on consulte Accarias ou Ortolan.

D'après Accarias, ce passage signifie que, si le fils du défunt n'avait

Mais quel était le fondement de leur vocation à la tutelle ? Leur qualité de descendants du patron vraisemblablement (12). Et dans ces conditions, il est naturel d'admettre que le principe de la pluralité des tuteurs leur était appli-

pas été émancipé du vivant de son père, à la mort de celui-ci, il se serait trouvé *sui iuris* et ne serait pas tombé sous la puissance de ses frères, ni sous leur tutelle.

Or cette déduction nous semble inadmissible : puisque le fils dont il s'agit est, par hypothèse, impubère, devenu *sui iuris* et non émancipé, il tombera en tutelle de ses frères, ces derniers étant en âge d'être tuteurs et le père n'ayant pas désigné de tuteurs testamentaires, ainsi que le suppose le texte.

D'après Ortolan, cette difficulté est évitée. Il traduit le passage de la façon suivante : « Cette différence vient de ce que le fils du défunt, s'il n'avait pas été émancipé du vivant de son père, à la mort de ce dernier, serait devenu maître de lui-même, sans retomber sous la puissance de ses frères; voilà pourquoi il n'est point sous leur tutelle légitime. »

A ne s'en tenir qu'aux *Institutes*, la traduction d'Accarias semble plus près du texte que celle d'Ortolan. Mais si l'on consulte la *Paraphrase* de Théophile, on est amené à donner au passage qui nous intéresse l'interprétation proposée par Ortolan.

THÉOPHILE, I, 49 (FERRINI, p. 76) : ... Εἰ μὴ συνέβη με ποιῆσαι περίοντα τὸν ἐμὸν υἱὸν αὐτεξούσιον, τῇ ἐμῇ τελευτῇ ἐγένετο αὐτεξούσιος οὐ μεταπίπτων εἰς τὸ *in potestate* τοῦ οἰκείου ἀδελφοῦ ἢ τοῦ ἰδίου θείου. διὸ οὐδὲ τὴν αὐτὴν ἔξει ἐπιτροπὴν ὁ παῖς τοῦ *emancipateusantos*, ἀλλὰ κληθήσεται *fiduciarios*...

D'ailleurs seule elle est juridiquement valable, et l'on ne peut admettre que le rédacteur des *Institutes* ait introduit dans son ouvrage une hérésie de droit aussi grave que celle qui consiste à déclarer exempts de la tutelle de leurs frères, à la mort de leur *paterfamilias*, les enfants impubères non émancipés.

(12) D'après ORTOLAN (*loc. cit.*), les enfants du père qui a émancipé ne seraient pas tuteurs en tant que fils du patron, donc n'auraient pas droit au titre de légitimes, mais en tant que tenus par le contrat de fiducie intervenu à l'occasion de l'émancipation. Ceci nous semble inexact. Le père qui a affranchi son enfant mancipé et à lui rémancipé conformément à un pacte de fiducie, peut paraître tenir sa qualité de patron et de tuteur du pacte en question, grâce auquel il a pu effectuer lui-même l'affranchissement, mais non ses fils qui n'ont pas été parties à ce pacte.

qué, comme il l'était aux patrons. La solution de Modestin, corroborée d'ailleurs par les Institutes⁽¹³⁾, se justifie donc pleinement.

§ 4. — *Tutelle légitime et consanguins.*

Un texte d'Ulpien, que nous avons déjà cité en partie, rappelant la loi des Douze Tables, déclare que celle-ci prévoyait l'attribution de la tutelle aux agnats, aux patrons, aux consanguins⁽¹⁴⁾ :

Legitimae tutelae duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint...

Les mots *consanguineis* appellent une double remarque.

En premier lieu, la loi des Douze Tables ne connaissait pas la vocation héréditaire des consanguins, c'est-à-dire des cognats⁽¹⁵⁾. La parenté dérivait, à son époque, non des liens du sang, mais de la *patria potestas* d'un auteur commun⁽¹⁶⁾. La vocation des cognats n'a été instituée que sous Justinien, dans la Nouvelle 118⁽¹⁷⁾, en l'an 543. Et le droit

(13) *Inst.*, I, 49 : *Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem et deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam : quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis et ceterorum efficiuntur...*

(14) ULPEN (*L. 14 ad Sab.*), *D.*, 26, 4, 1, pr.

(15) Voir la loi des Douze Tables, 3, 4, 5, citée *supra*, p. 16, n. 4.

(16) ULPEN (*L. 46 ad Edict.*), *D.*, 50, 16, 195, 2 : *...Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae...*

(17) Nouvelle 118, cap. 4 : (Trad.) *...sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem vel per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.*

classique ne l'a admise, en dérogation avec les principes de l'ancien droit, qu'indirectement, par les innovations du préteur : *Bonorum possessiones unde liberi, unde cognati* (18).

Par conséquent, en raison de la corrélation entre vocation héréditaire et vocation à la tutelle, indiquée par Ulpien lui-même, la loi des Douze Tables, qui n'a pas admis les consanguins au point de vue successoral, n'a pu les admettre au point de vue tutelle.

D'ailleurs cette exclusion des consanguins de la succession légitime est confirmée par Gaius (19), citant seulement les agnats comme héritiers légitimes, et par là même excluant les cognats.

En second lieu, Justinien, dans la même Novelle 118, décrète qu'à l'avenir aucune différence ne devra exister, en matière de tutelle, entre les agnats et les cognats, mais que tous devront être appelés à cette fonction indistinctement, qu'ils soient issus de la souche masculine ou de la souche féminine (20).

Cette réforme implique évidemment que le droit antérieur n'avait pas admis l'assimilation des cognats aux agnats au point de vue de la tutelle, pas plus qu'il ne l'avait admise au point de vue successoral (21).

(18) ULPYEN (*L. 46 ad Edict.*), *D.*, 38, 8, 1, pr. : *Bonorum possessio unde cognati*, MODESTIN (*L. 6 pand.*), *D.*, 38, 15, 1 : *Bonorum possessio unde liberi et ordo in possessionibus*. Voir sur cette question CUQ, *op. cit.*, p. 719 et s., et GIRARD, *op. cit.*, p. 892 et s.

(19) GAIUS, *D.*, 26, 4, 9, cité *supra*, p. 17, n. 6.

(20) JUSTINIEN, *Novelle 118*, cap. 3 : (Trad.) *...nulla neque in hac parte introducenda est (s.-ent. differentia) de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum quique ex feminarum prole descendunt minori coniuncti*.

(21) D'ailleurs cette idée est formellement exprimée par GAIUS, I, 153 : *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*.

Nous devons donc conclure que les mots *consanguineis* du texte d'Ulpien sont interpolés et ont été introduits par un compilateur postérieur à l'an 543, date de la Novelle 118.

Ce n'est qu'à cette époque que la parenté naturelle a été appelée à la tutelle à côté de la parenté civile.

Par ailleurs, il y a lieu d'observer qu'en dehors de cette réforme, Justinien n'a rien modifié en matière de pluralité de tuteurs. Comme à l'Epoque Classique, si le pupille a plusieurs parents de même degré, tous sont appelés à la tutelle : c'est encore la Novelle 118 qui nous l'apprend. Chacun, dit-elle, sera appelé à la tutelle, soit seul, soit avec d'autres, ce qui implique la pluralité des tuteurs obligatoire au cas de pluralité de parents (agnats ou cognats) de même degré (22).

(22) (Trad.) ...*Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur aut solus aut cum aliis, et functionem tutelae suscipire...*

CHAPITRE III

PLURALITE DES TUTEURS DATIFS

Lorsque le *pater* a omis de désigner un ou des tuteurs à son enfant et qu'à son décès, cet enfant n'a aucun parent susceptible de se charger de la tutelle, c'est, suivant la loi Atilia (1), au préteur urbain qu'incombe le soin d'en choisir un ou plusieurs.

Cette prérogative est passée, par la suite, aux mains d'un préteur spécial, le *praetor tutelaris*, institué par Marc-Aurèle, puis aux magistrats municipaux, sous Caracalla (2).

La nomination du tuteur par le magistrat est, à l'Epoque Classique, généralement précédée d'une enquête (3). Il n'en a

(1) La loi Atilia est citée par GAIUS, I, 183.

(2) Sur la question de l'évolution de la tutelle dative, voir CUQ, *op. cit.*, p. 207, et GIRARD, *op. cit.*, p. 213 et s.

(3) Néanmoins Justinien (C., 5, 39, §, pr., *infra*, p. 75, n. 1), parlant du droit antérieur, cite les tuteurs *simpliciter dati*. D'autre part, un passage des Institutes (I, 24, pr.) traite des tuteurs *ex inquisitione*. Cette précision semble sous-entendre l'existence de tuteurs nommés sans enquête. Ce texte ne présente aucun signe d'interpolation. Il reproduit vraisemblablement un texte de Gaius (I, 199 et 200), avec cette seule différence que là où Gaius écrit tuteurs nommés par les magistrats supérieurs : préteur, gouverneur, etc., Justinien écrit tuteurs nommés sur enquête. On peut supposer, pour expliquer cette différence, une évolution du droit après Gaius : la dispense de fournir caution, qu'il admet au profit des tuteurs nommés par les magistrats supérieurs, a été par la suite appliquée aux tuteurs *ex inquisitione dati*, désignés par les magistrats supérieurs ou non.

En tout cas, il est difficile de dire avec certitude que les tuteurs *simpliciter dati* n'ont pas existé avant Justinien.

plus été de même sous Justinien. Celui-ci a subdivisé la tutelle dative en deux variétés :

1° La tutelle *simpliciter data*, déférée sans enquête par les magistrats municipaux, dans les cas où la fortune du pupille était inférieure ou égale à cinq cents sous d'or;

2° La tutelle *ex inquisitione data*, déférée après enquête par les magistrats supérieurs, dans les cas où la fortune du pupille excédait cinq cents sous d'or.

En matière de tutelle dative, aussi bien à l'Epoque Classique que sous Justinien, la pluralité des tuteurs fut admise. Mais aucun texte ne nous permet de dire qu'elle ait été habituelle comme en fait de tutelle testamentaire. *A fortiori* elle n'était certainement pas obligatoire, comme elle l'était dans la tutelle légitime.

Modestin se contente de déclarer que plusieurs tuteurs peuvent être donnés ensemble par le magistrat ⁽⁴⁾.

Ulpien et Justinien font allusion à la pluralité des tuteurs datifs ⁽⁵⁾.

Nous avons en outre deux textes, l'un de Tryphoninus, l'autre de Scaévola, qui prévoient deux espèces particulières, intéressantes à examiner.

I. — Suivant Tryphoninus, la mère est tenue de pourvoir au remplacement des tuteurs testamentaires de son fils, décedés ou excusés. Et quand un décret a décidé que des tuteurs datifs assisteraient le tuteur testamentaire poursuivi comme suspect dans son administration, elle doit s'occuper de faire nommer les tuteurs adjoints prévus ⁽⁶⁾.

(4) MODESTIN (L. 4 *pand.*), D., 26, 5, 23 : *Simul plures tutores dati possunt.*

(5) ULPYEN (L. 35 *ad Edict.*), D., 26, 5, 2 : *Cum quidam tutores dati appellassent, quidam autem non adessent...*; JUSTINIEN, C., 5, 59, 5, pr., *infra*, p. 75, n. 1.

(6) TRYPHONINUS (L. 13 *disput.*), D., 26, 6, 4, pr., 1 et 2 : Pr. — *Cre-dendum est et eam matrem constitutione contineri, quae a patre non*

Cette obligation est imposée à la mère, sous peine de tomber sous le coup de la constitution de Sévère qui la prive de la succession de ses enfants (7).

Ainsi Tryphoninus prévoit deux cas d'attribution de tuteurs datifs :

a) En remplacement de tuteurs testamentaires décédés ou qui se sont fait excuser;

b) En adjonction à un tuteur testamentaire poursuivi en justice comme suspect et à qui on a mieux aimé associer d'autres tuteurs afin de surveiller ses agissements que de recourir à la destitution, celle-ci étant infâmante (8) et peut-être en l'espèce hors de proportion avec les griefs relevés contre ce tuteur.

II. — Le cas envisagé par Scaevola (9) est le suivant. Un

legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus non postulavit decreto confirmari. 1. — Sin autem idoneis datis tutoribus pluribus unus eorum vel decessit vel temporalem excusationem accepit, mater, quae propterea in loco illius alium non petit, quia numerus reliquorum administrationi tutelae sufficiebat, incidit quidam in verba constitutionis, sed sententia excusatur. 2. — Sed si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit adiungi alios, mater eos quoque petere debet et, si non petit, incidet in sententiam constitutionis.

(7) La constitution à laquelle Tryphoninus fait allusion est ainsi conçue : ...*Et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Elle est citée par MODESTIN (*L. 1 excus.*), D., 26, 6, 2, 2.

(8) ULPIN (*L. 35 ad Edict.*), D., 26, 10, 3, 18, in fine : ...*Sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adiunxerit, non erit famosus, quia non est abire tutela iussus.* Il résulte de cette phrase (d'ailleurs mal construite, car *famosus* se rapporte à *aliquem*), que l'infamie a lieu quand le tuteur est exclu de ses fonctions. C'est aussi l'opinion de TRYPHONINUS, D., 27, 2, 6, étudié *infra*, p. 57 et 58, et de GAIUS, IV, 182.

(9) SCAEVOLA (*L. 14 dig.*), D., 26, 7, 58, 2 : *Testamento dati tutores, quod ruptum videbatur, cessaverunt in administratione tutelae et a praeside tutor datus est pupillo, iussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare coniuncto eo, qui a praeside datus coeperat administrare : quaesitum est, ex testamento datos*

testament contenant une désignation de tuteurs a été annulé; de ce fait les tuteurs testamentaires ont dû cesser leurs fonctions et le gouverneur a dû nommer à leur place un autre tuteur. Mais il a décidé que les tuteurs testamentaires révoqués assisteraient le tuteur datif dans l'administration de la tutelle.

La question se pose de savoir si ces tuteurs doivent être considérés comme des tuteurs testamentaires ou comme des tuteurs datifs. La fin du texte donne indirectement la solution : ils ne sont pas tenus pour responsables de leur administration antérieure, dévolue par le testament. Ceci implique donc que leurs fonctions de tuteur ont commencé seulement lors de leur désignation par le gouverneur et que, par conséquent, ils sont tuteurs datifs.

Nous pouvons tirer deux enseignements de ce texte.

D'une part, le fait par le gouverneur de rappeler à la tutelle deux tuteurs désignés par un testament nul est un nouvel exemple de la faveur accordée à la tutelle testamentaire.

D'autre part, lorsque Scaevola déclare les tuteurs testamentaires non responsables de leur gestion intervenue avant que la désignation du gouverneur ne les ait maintenus à la tutelle, il faut entendre qu'ils sont irresponsables en tant que tuteurs. Car ils restent évidemment tenus en tant qu'administrateurs de fait. Contre eux pas d'*actio tutelae*, mais, à l'occasion, l'action *negotiorum gestorum*.

periculum antecedentis temporis administrationis utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos. Respondit ad eos de quibus quaereretur nullum antecedentis temporis periculum pertinere.

TITRE II

CAS PARTICULIERS DE PLURALITÉ DES TUTEURS

Avant d'examiner les rapports habituels des tuteurs entre eux, nous allons envisager quelques cas, où la pluralité de tuteurs se présente dans des conditions spéciales, posant des questions particulières.

Nous étudierons successivement :

I. — La responsabilité du père pour la tutelle de son fils *in potestate*.

II. — Le cas d'adjonction d'un curateur à un tuteur.

III. — Le cas d'intérim assuré par un tuteur ou un curateur.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITE DU PERE POUR LA TUTELLE DE SON FILS *IN POTESTATE*

En réalité, il n'y a pas là pluralité de tuteurs, puisque celle-ci est, par hypothèse, assumée par le fils seul. Mais, nous allons le voir, le *paterfamilias* est responsable de la gestion de son fils, si bien que, dans une certaine mesure, il se présente en fait comme un second tuteur, vis-à-vis du pupille.

§ 1. — *Etendue de cette responsabilité.*

La possibilité pour un fils de famille d'être tuteur est indiscutable. Elle est notamment affirmée par Modestin. Celui-ci rapporte une décision de l'empereur Hadrien, aux termes de laquelle on doit tout faire pour qu'un fils de famille qui a été reconnu capable soit tuteur nonobstant l'opposition de son père, quitte, pour vaincre cette opposition, à désigner le père lui-même, comme tuteur aux côtés de son fils. Le texte de Modestin nous apprend, en outre, que le père d'un tuteur était tenu de fournir au pupille, aux lieu et place de son fils, la *cautio rem pupilli salvam fore*. Ce qui explique que, dans l'espèce envisagée, il n'admettait pas que son fils assumât les fonctions de tuteur (1).

(1) MODESTIN (*L. 6 excus.*), D., 27, 1, 45, 47 : *Imperator Hadrianus Vitrasio Pollioni legato Lygdonensi. Si Clodius Macer, quamvis filius familias sit, idoneus tutor esse videbitur, pater autem eius idcirco*

Nous allons chercher à déterminer l'étendue de cette responsabilité.

Deux textes sont en présence :

L'un, d'Ulpien (2), est ainsi conçu :

Si filius familias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, dumtaxat de peculio. Adgnosuisse autem videtur, sive gessit sive gerenti filio consensit sive omnino attigit tutelam. Unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, « cum scias », inquit, « periculum ad nos pertinere », dixi hunc quoque videri agnosuisse : plane si solum monuit filium, non videtur agnita.

L'autre, de Marcellus (3), déclare :

Lucius Titius Gaium Seium filium familias testamento filio suo tutorem dedit : Gaius Seius sciente et consciente patre tutelam administravit : quaero, an defuncto Gaio Seio actio tutelae adversus patrem eius et in quantum competat Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri : nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit.

Avant de discuter ces deux textes, il convient de rappeler d'un mot ce qu'est l'action *de peculio*.

« Au dernier siècle de la République, le pécule est un ensemble de biens, dont le chef de famille confie la gestion

cavere non vult, ut filium suum tutela eximat, et in hoc artificio perseverarit, existimo te huic fraudi recte occurrurum, ut et filius et ipse ad tutelam liberorum Clementis gerendam compellantur.

(2) ULP IEN (*L. 2 disput.*), *D.*, 26, 1, 7.

(3) MARCELLUS (*L. sing. respons.*), *D.*, 26, 7, 21.

à son esclave ou à son fils pour l'administrer en son nom. » (4).

La propriété de droit de ce pécule appartenait toujours au père, mais le fils en avait la propriété de fait.

Et la meilleure preuve, c'est que, conformément à l'édit, le père était poursuivi à raison des contrats passés par son fils, dans l'intérêt du pécule, à concurrence du dit pécule. Si, en effet, le fils était resté incapable, ces contrats auraient été nuls.

Ainsi donc l'action *de peculio* est intentée par les tiers contre le *paterfamilias*, à l'occasion d'un contrat passé avec le fils (5) et limitée à la valeur du pécule.

Mais, dans le cas qui nous occupe, à savoir celui du fils de famille tuteur, la question se présente différemment.

Le fils de famille, par hypothèse, a, du fait de son administration, une dette envers le pupille. Celui-ci, à la fin de la tutelle, le poursuit en paiement de cette dette. Dans quelle mesure son père en sera-t-il lui-même tenu ?

Le texte d'Ulpien et celui de Marcellus semblent, à première vue, donner des solutions opposées (6).

(4) Définition donnée par CUQ, *op. cit.*, p. 143. M. GIRARD en donne une toute semblable (*op. cit.*, p. 103).

(5) Au cas de délits ou quasi-délits, c'était l'action noxale que le tiers lésé introduisait contre le *paterfamilias* : GAIUS, IV, 75.

(6) M. PHILIPPIN, dans son étude sur le « fils de famille tuteur » (*Mélanges Cornil*, t. II, p. 223 et s.), a étudié également les deux textes.

A son avis, il y a divergence d'opinions entre Ulpien et Marcellus, les deux juriconsultes se référant l'un et l'autre au cas où le père « a donné son adhésion à la tutelle de son fils ».

Cette expression nous semble assez vague. Elle peut vouloir dire, ou bien que le père a ratifié la tutelle de son fils ou simplement qu'il a accepté que celui-ci s'acquittât des fonctions de tuteur.

Selon nous, les deux idées sont à retenir, la première pour le texte d'Ulpien, la seconde pour celui de Marcellus. Et c'est précisément

Ulpien : *Si pater tutelam agnovit « in solidum » debet teneri.*

Marcellus : *Actione de peculio... patrem teneri* (s.-ent. *scientem et conscientem*).

Mais, à notre avis, chacun d'eux a une portée différente.

Suivant Ulpien, le père qui a ratifié, *agnovit* (7), la gestion de son fils, soit qu'il ait géré lui-même, soit qu'il ait donné son accord aux actes passés par son fils, *gerenti filio consensit*, soit qu'il se soit immiscé dans la gestion de ce dernier, est tenu à ses côtés *in solidum*.

Il n'est tenu, comme en matière de contrats, que *de peculio*, s'il n'a pas ratifié cette gestion.

Suivant Marcellus, il s'agit d'un père qui a eu connaissance de la tutelle de son fils et a accepté que celui-ci en assumât la charge, *sciente et consciente patre* (s.-ent. *filius*) *tutelam administravit*.

Le fait qu'il ait consenti à la tutelle de son fils ne peut

parce qu'elles diffèrent complètement quant à leur portée, qu'il n'y a pas, à notre avis, incompatibilité entre les textes en question. Il nous semble donc inutile de chercher ailleurs la différence entre leurs solutions. •

Indiquons du moins que M. Philippin pense la trouver notamment dans la différence de source des deux tutelles envisagées :

Marcellus, selon lui, se place dans le cas d'une tutelle testamentaire. Cette tutelle doit être ce que le *de cujus* a voulu qu'elle fût; si donc celui-ci a désigné comme tuteur un fils de famille, le père de ce dernier ne pourra intervenir dans sa gestion. Et il ne sera tenu responsable de celle-ci que conformément au droit commun, c'est-à-dire *de peculio*.

Ulpien, au contraire, envisage une tutelle dative. Or, dans cette forme de tutelle, le père est déjà tenu de cautionner son fils à l'égard du pupille (MODESTIN, *D.*, 27, 1, 15, 17). Il n'y a donc pas lieu de s'étonner qu'en outre il soit tenu de la gestion de son fils *in solidum*.

(7) *Agnovisse* est pris dans le sens d'avouer : *agnovisse aes alienum*. Par conséquent *si pater tutelam agnovit* ne veut pas seulement dire « si le père a connu la tutelle », mais encore « s'il l'a reconnue, s'il l'a ratifiée ».

entraîner à la charge du père une responsabilité *in solidum*. Ce serait, sinon, admettre que, dans tous les cas, le père est responsable de la gestion de son fils à concurrence de la totalité. Car s'il n'avait pas donné son accord, son fils n'aurait pas pu être tuteur (8).

Par conséquent, les deux textes que nous comparons comportent deux solutions distinctes, parce que chacun se place à un point de vue différent.

Il y a un principe : c'est celui que pose Marcellus et qui ne fait d'ailleurs que reproduire le droit commun :

Le *paterfamilias* est tenu de *peculio* de la gestion de son fils, qu'il a autorisé à être tuteur (9).

Il y a des cas particuliers, tels que ceux que cite Ulpien, où le père, parce que se mêlant plus ou moins à la gestion de son fils, est tenu à ses côtés *in solidum*.

(8) Il semblerait, en effet, contraire à la *patria potestas* qu'un fils pût être tuteur contre la volonté de son père, lorsque la tutelle est déferée par testament. D'ailleurs, lors même qu'elle a été attribuée à son fils par le prêteur, le père peut encore s'y opposer, nous l'avons vu, en se refusant à fournir caution.

(9) Et ce principe semble avoir été admis par Ulpien lui-même, puisqu'un texte émanant de lui, rapporte, sans y contredire, l'opinion de Julien, suivant laquelle le père n'est tenu de la gestion de son fils que de *peculio* : ULP IEN (*L. 35 ad Edict.*), D., 27, 3, 41 : *Si filius familias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem Iulianus ait et cum pupillus adoleverit, agendum cum eo eius quidem temporis, quod est ante emancipationem, in solidum, cum patre vero dumtaxat de peculio : manere enim adversus eum etiam post pubertatem de peculio actionem...*

Citons également dans le même sens SÉVÈRE et ANTONIN, C., 4, 26, 1 : *Cum filius familias tutor aut curator datur, pater tutelae vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in rem verso conveniendus est.*

L'*actio de in rem verso* était donnée au cas où le père avait profité d'un enrichissement et elle pouvait se présenter avec une *condamnatio* soit de *peculio*, soit de *in rem verso*. Voir sur cette question CUG, *op. cit.*, p. 407 et les références.

D'ailleurs, la fin du texte de Marcellus indique un autre cas, où le père est tenu *in solidum* de la gestion de son fils : à savoir celui où il s'est entremis pour le compte de ce dernier auprès d'un cotuteur ou d'un tiers quelconque, sur le point de dénoncer comme suspect son fils au prêteur.

Mais cette dernière phrase est soupçonnée d'interpolation à cause des mots *in hoc casu* (10). A notre avis, l'interpolation est encore démontrée par les expressions de basse latinité : *nec multum facere* et *in se periculum recipere*.

§ 2. — *Recours du fils contre son père.*

Naturellement le fils ne fera intervenir son père, pour le garantir *de peculio* et exceptionnellement *in solidum*, qu'à la fin de la tutelle, c'est-à-dire au jour de la reddition de comptes entre les mains du pupille.

Ceci est évident, et c'est pourquoi il y a lieu d'admettre la rectification proposée par Lenel (11) relativement au texte suivant de Paul (12) :

Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem, quia nec finita tutela hoc ab eo exigì potest.

Ce texte, en décidant d'abord que le tuteur ne peut agir contre son père avant la puberté du pupille, ensuite que, même la tutelle terminée, il ne peut exercer cette poursuite, est contradictoire. Aussi Lenel sous-entend-il avec juste raison, après *pubertatem* : *quia nisi finita tutela nec hoc ab eo exigì potest*. Le fils ne peut agir, à raison de ce dont il est débiteur vis-à-vis de la tutelle, contre son père, qu'à l'épo-

(10) Cf. PHILIPPIN, *loc. cit.*, p. 230, n. 1. Elle est d'ailleurs suspectée depuis : *nisi forte* par EISELE, Z., t. XIII, p. 152.

(11) LENEL, *Paling.*, t. I, p. 953, n° 37, n. 1.

(12) PAUL (*L. 8 brevis Edicti*), D., 27, 3, 12.

que où il devient effectivement débiteur, c'est-à-dire seulement à la fin de ladite tutelle.

.....

Nous dirons donc pour conclure qu'en matière de tutelle, comme en droit commun, la responsabilité du *paterfamilias* du fait de son fils n'était engagée que *de peculio*.

Exceptionnellement le père était tenu *in solidum*, c'est-à-dire pour le tout, lorsque, plus ou moins directement, il avait pris à son compte la tutelle de son fils.

D'ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, le fils ne pouvait recourir contre son père qu'au règlement des comptes de tutelle, puisqu'à cette époque seulement il était débiteur du pupille.

Et ce qui précède semble vrai aussi bien pour l'Epoque Classique que pour le Bas-Empire.

CHAPITRE II

ADJONCTION D'UN CURATEUR A UN TUTEUR

Elle semble indiscutable car il y a de nombreux textes sur la question. « Pour faciliter l'administration de la tutelle, on adjoint parfois un curateur au tuteur », dit M. Cuq (1), en précisant que les textes qui en parlent ne sont pas antérieurs au II^e siècle (2).

Le principe de l'adjonction d'un curateur à un tuteur se déduit d'ailleurs par *a contrario* d'un texte de Celse, selon lequel un curateur ne peut être désigné à un pupille dont le tuteur est absent (3). Sans doute une argumentation *a contrario* est rarement décisive. Mais la nôtre est corroborée par l'autorité de nombreux textes qui envisagent des cas particuliers d'adjonction de curateur à un tuteur en fonctions.

§ 1. — Principaux cas d'adjonction.

A. — MAUVAISE SANTÉ OU GRAND ÂGE DU TUTEUR.

D'après Pomponius (4), l'habitude était d'adjoindre un curateur au tuteur en fonctions, en raison du grand âge ou de la mauvaise santé de celui-ci.

(1) CUQ, *op. cit.*, p. 219.

(2) CUQ, *op. cit.*, p. 219, n. 2.

(3) CELSE (L. 11 *dig.*), D., 26, 5, 11 : *Curator pupillo vel pupillae non datur, si tutor eorum afuerit.*

(4) POMPONIUS (L. 2 *enchiridiū*), D., 26, 1, 13, pr.

Le jurisconsulte ajoute que ce curateur avait d'ailleurs plutôt un rôle « d'administrateur » que de « curateur » à proprement parler : *Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti propter adversam tutoris valetudinem vel senium aetatis : qui magis administrator rerum, quam curator esse intelligetur.*

A première vue l'idée de Pomponius peut surprendre. Nous savons, en effet, que sous l'Ancien Droit, comme à l'Epoque Classique, le rôle du curateur d'un fou ou d'un prodigue est précisément celui d'un administrateur. Il est vrai que, dans le cas de curatelle d'un mineur de vingt-cinq ans, ce rôle consiste à « conseiller l'incapable dans la conclusion des actes juridiques ou dans l'exercice des actions en justice » (5).

C'est sans doute à ce genre de curatelle que Pomponius se réfère quand il oppose les deux expressions « curateur » et « administrateur ». Il veut vraisemblablement dire que, pour conseiller le pupille, l'appuyer de son *auctoritas*, le tuteur reste seul qualifié, tandis que, pour tout ce qui est administration proprement dite, il peut s'en remettre aux curateurs qui lui sont adjoints.

(5) CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 162. En ce qui concerne les fous, c'est le curateur qui administre et lui seul. Le fou, hors ses intervalles lucides, est totalement incapable. Gaius nous dit (L. 2 *aureorum*), D., 44, 7, 1, 12 : *Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est.* Le prodigue ne peut pas rendre sa condition pire (Ulpien (L. 1 *ad Sab.*), D., 45, 1, 6), et l'intervention de son curateur à ses côtés, ainsi que cela se passe dans la tutelle des impubères, n'est prévue par aucun texte (GIRARD, *op. cit.*, p. 235 et s., CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 225 et s.).

Au contraire, le mineur de vingt-cinq ans doit être assisté, dans tous les actes qui rendent sa condition pire, par son curateur (ULPIEN (L. 2 *ad Edict.*), D., 4, 4, 1, 3 : *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur...*).

Il y a donc une différence très nette entre le curateur d'un fou ou d'un pupille, qui a comme attribution essentielle l'administration, et le curateur d'un mineur de vingt-cinq ans, qui est chargé d'assister le mineur.

A l'appui de cette interprétation, il y a lieu de citer un texte de Paul (6), décidant qu'un curateur peut être adjoïnt à un tuteur, mais que, pour tous les actes comportant « les formes du droit », la garantie du tuteur s'impose : *Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae sollemnitate iuris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse.*

Les actes *quae sollemnitatem iuris desiderant* dont parle Paul, semblent être tous ceux qui exigent la présence personnelle du pupille avec assistance de son tuteur, tels que la *mancipatio*, le *nexum* (dans l'Ancien Droit), l'adition d'hérédité, l'exercice d'une action de la loi, l'*acceptilatio* (7).

Si pour ces actes le curateur était incompétent, c'est donc qu'il ne pouvait se substituer au tuteur au point de vue de l'*auctoritas*.

Par conséquent, en associant les opinions de Pomponius et de Paul, on arrive à cette conclusion que le curateur adjoïnt à un tuteur administre la tutelle, mais n'habilite pas le pupille.

B. — ACCROISSEMENT DE LA TUTELLE.

Pomponius, dans la seconde partie du texte que nous étudions, parle d'un *adiutor tutelae* nommé par le tuteur, avec autorisation du préteur, pour l'aider dans la tutelle à l'administration de laquelle, seul, il ne peut suffire. Et il précise que cet auxiliaire engage la responsabilité du tuteur qu'il assiste (8).

(6) PAUL (*L. 9 respons.*), *D.*, 26, 8, 19.

(7) La *mancipatio*, le *nexum*, l'exercice d'une action de la loi, l'*acceptilatio*, l'adition d'hérédité étaient tous cinq des actes solennels comportant la présence effective des parties et ne pouvant se conclure par mandataire (CUG, *op. cit.*, p. 212, GIRARD, *op. cit.*, p. 222). Voir *infra*, p. 58, n. 22, un texte de Modestin citant comme acte ne pouvant se conclure que par voie d'*auctoritas* : l'adition d'hérédité.

(8) POMPONIUS (*L. 2 enchiridii*), *D.*, 26, 1, 13, 1 : *Est etiam adiutor*

Le texte ne dit pas s'il s'agit d'un curateur. Mais, après avoir cité le curateur adjoint au tuteur malade ou âgé, les termes qu'il emploie : *Est etiam adiutor tutelae* nous permettent de croire à un rapprochement dans l'esprit de Pomponius entre curateur et adjoint à la tutelle, et de supposer que tous deux avaient des fonctions analogues.

D'ailleurs Ulpien (9) envisage l'adjonction d'un curateur proprement dit lorsqu'il y a eu accroissement de la tutelle. Dans ce cas, l'adjonction a lieu évidemment pour aider le tuteur qui ne peut suffire à l'administration et, par conséquent, s'inspire du même esprit que celle d'un *adiutor tutelae* prévue par Pomponius.

Le texte d'Ulpien mérite un examen approfondi, car il est bourré d'interpolations et suspecté par plusieurs critiques. Il est ainsi conçu : 8. — *Constat eum, qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt vel ad quid aliud augmentum, administrare bona pristina non solere. Si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur.* 9. — *Per contrarium autem qui datus est simpliciter tutor pupillo vel curator, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur, quamvis soleat ad augmentum dari curator : quae res non facit, ut ipsa augmenta non pertineant ad curam priorum, ad quos omnis utilitas pupillorum debet pertinere. Sive igitur datus est, communicatur periculum cum prioribus, sive datus non est, tenetur administrationis necessitate is qui antea erat datus.*

I. — Dans la première phrase M. Taubenschlag suspecte

tutelae, quem solet praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen ut suo periculo eum constituent.

(9) ULPYEN (L. 36 ad Edict.), D., 26, 7, 9, 8 et 9.

l'incidente *vel ad quid aliud augmentum*, d'accord avec Krueger ⁽¹⁰⁾. En effet, envisageant des cas d'accroissement de la tutelle, le texte cite à titre d'exemples : d'abord le cas d'accession de biens maternels, puis, ce qui est inadmissible de la part d'Ulpien « tout autre cas d'accroissement ». C'est illustrer une notion générale par cette notion elle-même, erreur de logique qui décèle l'interpolation.

II. — La seconde phrase est également suspectée par M. Taubenschlag ⁽¹¹⁾. D'une part, elle s'intercale sans raison entre le § 8 et le § 9 qui, nous le verrons, s'enchaînent étroitement. Ensuite l'idée d'une responsabilité d'un cotuteur (ou auxiliaire du tuteur par analogie) dérivant de ce qu'il n'a pas dénoncé son collègue suspect ou ne lui a pas réclamé de caution est justinienne ⁽¹²⁾. Enfin la forme même prouve une basse latinité :

1° Construction extravagante : *exigere* qui, comme *facere*, dépend de *supersedit* est rejeté quatre mots après lui;

2° Emploi de *plecti* qui est fréquemment interpolé.

Cette seconde phrase est à répudier du texte classique

III. — La troisième phrase est, nous l'avons dit, la suite logique de la première. Car il en résulte que si l'auxiliaire donné à un tuteur, en cas d'accroissement de la tutelle, n'a pas à s'occuper, comme le prévoit le § 8, de l'administration du reste des biens du pupille, au contraire, le tuteur proprement dit reste responsable des biens administrés par son collègue; et elle qualifie de *curator* ce collègue,

(10) TAUBENSCHLAG, *Studien*, p. 49.

(11) TAUBENSCHLAG, *loc. cit.* Dans le même sens LÉVY, *Haftung mehrerer Tutoren*, Z, t. XXXVII, p. 37, n. 7. D'ailleurs ce dernier considère comme interpolés les textes qui prévoient l'obligation à la charge des tuteurs de réclamer caution de leurs collègues pour le pupille et en outre de les faire poursuivre comme suspects. Voir *infra*, p. 123 et la note 15.

(12) Voir *infra*, *loc. cit.*

que la première partie du texte n'avait pas pris soin de désigner.

Cette phrase n'est pas suspectée quant au sens général. Mais deux expressions ont retenu l'attention des critiques.

D'une part, M. Taubenschlag relève les deux mots *vel curator* comme interpolés. Cette interpolation est très probable, car, sous Justinien, en raison de l'assimilation du curateur au tuteur, on avait l'habitude de poser pour le curateur les mêmes règles que pour le tuteur, d'où cette adjonction très fréquente de *vel curator* par les compilateurs dans les textes de l'Epoque Classique s'occupant du tuteur (13).

D'autre part, M. Solazzi⁽¹⁴⁾ relève le deuxième *curator* de la phrase (*curator ad augmentum datus*), comme également interpolé et mis pour *tutor*. Mais cette interpolation nous semble beaucoup moins sûre. M. Solazzi la justifie par les trois arguments suivants :

a) Il s'appuie d'abord sur la première phrase qui, selon lui, envisage l'adjonction d'un tuteur. Mais remarquons qu'il y est parlé de celui qui est donné en accroissement, *eum qui ad augmentum datur*, sans préciser s'il est tuteur ou curateur.

b) Il relève ensuite que, voulant opposer les précédents tuteurs à celui qui a été donné en augmentation, le texte se

(13) Cette adjonction est d'ailleurs frappante dans l'intitulé de différents titres du L. 26 du Digeste : t. III : *De confirmando tutore vel curatore*, t. V : *De tutoribus et curatoribus datis*... Voir également sur l'assimilation au Bas-Empire de la tutelle à la curatelle, TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 64; CUQ, *op. cit.*, p. 219. Voir enfin le texte de Modestin, cité *infra*, où l'interpolation de *curator*, relevée par M. Solazzi, est indiscutable.

(14) SOLAZZI, *Minore Età*, p. 53; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, p. 424, n. 6.

contente d'indiquer *priores* et non *priores tutores*, ce qui implique, selon lui, que les *priores* comme le *qui ad augmentum datur* sont des tuteurs.

Cette argumentation, pour si probante qu'elle puisse paraître par elle-même, ne peut être retenue en notre espèce, car, nous le verrons, la phrase en question est interpolée; par conséquent nous ignorons dans quels termes s'exprimait Ulpien et si les termes qu'il employait étaient, eux aussi, incompatibles avec la notion d'un *curator ad augmentum*.

c) Enfin M. Solazzi rappelle le texte de Modestin ⁽¹⁵⁾ : *Sine herede tutor decessit : quaero, an curator pupillo datus...*, où, puisqu'il s'agit de remplacer un tuteur décédé, il ne peut être question d'un curateur et où par suite l'interpolation est indéniable. Mais un raisonnement par analogie, appuyé sur un texte émané d'un autre jurisconsulte, ne semble pas convaincant.

Aussi, nous admettons, comme M. Taubenschlag, qui a d'ailleurs minutieusement examiné notre fragment, que le deuxième *curator* n'est pas interpolé.

IV. — La fin du § 9 est réputée en son entier interpolée par M. Taubenschlag. Nous l'examinerons à propos de la responsabilité du curateur adjoint ⁽¹⁶⁾.

Pour conclure, dépouillée de ses nombreuses interpolations, la loi d'Ulpien peut se résumer sous la forme suivante, proposée par M. Taubenschlag :

Constat eum qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt, administrare bona pristina non solere. Per contrarium autem qui datus est simpliciter tutor pupillo, si quid postea augmenti accesserit, teneatur, quamvis soleat ad augmentum dari curator.

(15) MODESTIN (L. 6 respons.), D., 26, 7, 32, pr.

(16) Voir *infra*, p. 49 et 50.

Cette phrase établit qu'Ulpien prévoyait l'adjonction d'un curateur au cas d'accroissement de la tutelle, et nous confirme dans l'hypothèse que l'*adiutor tutelae* dont parle Pomponius n'était qu'un curateur adjoint particulier.

C. — CURATEUR AD HOC.

Ulpien, dans un fragment que nous aurons l'occasion d'examiner plus loin (17), prévoit la nomination d'un curateur en vue d'un acte de gestion particulier, alors que, dans les deux cas précédents, le curateur adjoint avait, nous l'avons noté, des attributions d'ordre général.

Il s'agit d'un tuteur qui a cessé ses fonctions, puis, après un certain temps, les a reprises. Il a de ce fait exercé deux tutelles, dont l'une a pris fin et dont l'autre est en cours. La première administration l'a rendu débiteur d'une certaine somme à l'égard du pupille. Pour opérer le recouvrement de cette créance, Ulpien décide, dans la dernière partie du texte : *per specialem curatorem* (s.-ent. *tutor*) *conveniendus est*. En d'autres termes les attributions de ce curateur se borneront à réclamer du tuteur le montant de sa dette vis-à-vis du pupille. Une fois ce règlement opéré, il disparaîtra de la tutelle (18).

(17) ULPYEN (*L. 25 ad Edict.*), *D.*, 27, 3, 9, 4, étudié *infra*, p. 151 et s.

(18) En fait il n'y a pas, à proprement parler, tutelle exercée en commun par un tuteur et un curateur. Il n'y a que deux tutelles juxtaposées : le tuteur intervenant seul pour tous les actes de gestion, à l'exception de celui en vue duquel le curateur *ad hoc* a été nommé, ce dernier intervenant uniquement pour la conclusion de cet acte.

La situation est la même en droit français dans les cas prévus par les articles 318 et 838 du Code civil, qui donnent lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc*, ou dans les cas où le subrogé tuteur est investi de la tutelle, parce que le tuteur se trouve en opposition d'intérêts avec son pupille (Voir *supra*, p. 1 et 2).

Nous n'insisterons pas davantage sur ce cas d'attribution d'un curateur adjoint : la partie de la loi, sur laquelle nous argumentons, est d'ailleurs suspectée d'interpolation par Peters⁽¹⁹⁾. Mais si, interpolée, elle ne présente évidemment aucun intérêt au point de vue du droit classique, en revanche, elle garde toute sa valeur au point de vue du droit du Bas-Empire. Et par conséquent l'espèce envisagée est à retenir comme un des nombreux cas où Justinien, sinon les jurisconsultes classiques, décidait l'adjonction d'un curateur au tuteur en fonctions.

D. — CARACTÈRE SUSPECT DU TUTEUR, PARENT, AMI
OU PATRON DU PUPILLE.

Modestin envisage le cas suivant :

Il existe entre le tuteur et son pupille des liens de parenté (*vinculum adfinitatis*), d'amitié ou de clientèle (*vinculum necessitudinis*), ou enfin le tuteur est le patron de son pupille. Or le tuteur est suspect et l'on envisage sa destitution. Par égard pour les liens qui l'unissent au pupille, Modestin décide qu'il vaut mieux, plutôt que de lui infliger la flétrissure de la *remotio*, lui adjoindre un curateur⁽²⁰⁾. La présence de ce dernier pourra empêcher toute tractation malhonnête du tuteur, et les intérêts du pupille seront ainsi sauvegardés; telle est, semble-t-il, l'idée de Modestin, parfaite-

(19) PETERS, *Generelle und Spezielle Actionen*, Z, t. XXXII, p. 239. Voir *infra*, p. 153, n. 6, les motifs que le critique donne pour justifier cette interpolation.

(20) MODESTIN (*L. 4 de heurematicis*), D., 26, 10, 9 : *Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.*

ment logique d'ailleurs. Nul critique ne suspecte le fond même de la loi. Mais M. Bonfante⁽²¹⁾ estime que Modestin a envisagé l'adjonction d'un tuteur, et non pas d'un curateur.

Il est difficile de prendre parti, car deux autres textes, l'un de Tryphoninus, l'autre de Scaevola, dans des espèces analogues à celle envisagée par Modestin, prévoient l'adjonction d'un tuteur et non d'un curateur. En revanche, une loi d'Ulpien parle d'adjonction d'un curateur à des tuteurs.

Nous avons déjà étudié le texte de Tryphoninus⁽²²⁾. Il y est question de tuteur testamentaire suspect, à qui l'on a adjoint des tuteurs datifs.

Nous connaissons également celui de Scaevola⁽²³⁾ aux termes duquel des tuteurs, dont la désignation était nulle, parce qu'insérée dans un testament nul, prenaient place aux côtés du tuteur datif nommé à la tutelle. Et cette solution semble bien dans l'esprit de celle de Modestin. En effet, pourquoi le gouverneur n'a-t-il pas rappelé seuls les tuteurs testamentaires dont la désignation était nulle ? Pourquoi cette adjonction d'un autre tuteur, sinon pour contrôler leur gestion, parce que l'irrégularité de leur désignation les a rendus suspects ?

Dans le texte d'Ulpien⁽²⁴⁾ qui est en sens contraire, il est fait allusion à un père de famille ayant par testament donné comme tuteurs à son fils des affranchis. Ulpien précise qu'en ce cas, bien que la volonté du défunt ne se soit pas déclarée à ce point de vue, on adjoindra aux tuteurs en question des curateurs.

Or, il y a tout lieu de supposer que l'adjonction dont il

(21) BONFANTE, *op. cit.*, p. 424, n. 7.

(22) Voir *supra*, p. 26 et s. : TRYPHONINUS, *D.*, 26, 6, 4, 2.

(23) Voir *supra*, p. 27 et s. : SCAEVOLA, *D.*, 26, 7, 58, 2.

(24) ULPEN (*L. 35 ad Edict.*), *D.*, 26, 7, 3, 4, cité *infra*, p. 93.

s'agit est motivée par la suspicion à laquelle donnent lieu les tuteurs en raison de leur caractère d'affranchis ⁽²⁵⁾.

Si, enfin, l'on en croit un passage des Institutes, on ne pourrait adjoindre un tuteur à un tuteur déjà en fonctions : *habenti tutorem tutor dari non potest* ⁽²⁶⁾. Et cette opinion est également exprimée, en termes identiques, par Dioclétien et Maximien ⁽²⁷⁾.

Ainsi, dans les cas où le tuteur est suspect, Tryphoninus et Scaevola lui adjoignent d'autres tuteurs; Modestin ⁽²⁸⁾, Ulpien, Dioclétien et Maximien, puis Justinien, au contraire, lui donnent l'assistance de curateurs.

Il est difficile, dans ces conditions, d'établir quelle était

(25) Aucune autre justification de cette adjonction d'un curateur ne se présente à l'esprit, car si cette adjonction se fondait sur la maladie, le grand âge de ces tuteurs, ou la trop grande importance de la tutelle, le texte, semble-t-il, l'aurait indiqué.

(26) *Inst.*, I, 23, 5 : *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor vel a praetore vel a praeside idoneus non sit ad administrationem nec tamen fraudulenter negotia administrat, solet ei curator adiungi...*

Deux remarques à faire :

1° L'incapacité d'administrer que prévoit Justinien est une généralisation des cas précédemment étudiés : maladie, grand âge du tuteur, accroissement de la tutelle.

2° L'incidente *nec tamen fraudulenter negotia administrat*, d'après laquelle, au cas de gestion frauduleuse du tuteur, il ne peut lui être adjoint de curateur, n'est pas en contradiction avec les opinions classiques précédentes : En effet, ce n'est que dans des cas particuliers, *adfinitas, necessitudo*, que Modestin parle d'adjonction d'un curateur à un tuteur ayant encouru la *remotio*, c'est-à-dire ayant vraisemblablement administré frauduleusement. Si, d'autre part, Tryphoninus parle d'adjonction de tuteurs (non de curateurs) à un tuteur suspect, rien n'indique que celui-ci ait administré frauduleusement.

Quant à Scaevola et Ulpien, ils prévoient des tuteurs sujets à suspicion mais n'ayant pas encore commis de tractations malhonnêtes.

(27) DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN, *C.*, 5, 31, 9 et 5, 34, 9 et 10.

(28) Sauf l'opinion contraire de M. Bonfante.

la règle ou la pratique la plus fréquente. Et l'on ne peut dire que si c'est un tuteur que l'on a placé auprès du tuteur primitif suspect, la sécurité du pupille sera beaucoup plus grande. Sans doute, verrons-nous que le tuteur est obligé, sous sa responsabilité, de dénoncer le collègue qui lui semble devoir être destitué en raison de ses agissements malhonnêtes ou en tout cas préjudiciables aux intérêts dont il a la garde (29). Mais cette obligation ne lui a été imposée qu'au Bas-Empire, c'est-à-dire à une époque où curateur et tuteur étaient confondus. Par suite, vraisemblablement, l'obligation de surveillance incombait au curateur si elle incombait au tuteur.

Cependant, au point de vue juridique, l'adjonction de tuteurs nous semble la plus indiquée. En effet, un curateur se conçoit assistant le tuteur dans son administration; il se conçoit moins bien la contrôlant, qu'un collègue du dit tuteur.

§ 2. — *Etendue de la responsabilité du curateur adjoint.*

La question se pose de savoir si le curateur adjoint à un tuteur est responsable de son administration directement vis-à-vis du pupille, ou s'il en répond seulement vis-à-vis du tuteur qu'il assiste, de sorte que pour le pupille ce tuteur reste le seul tenu de la gestion.

Elle est difficile à résoudre avec les textes que nous avons.

Sans doute pouvons-nous nous référer au texte de Pomponius (30). Nous y avons vu que l'*adiutor tutelae* administre sous la responsabilité du tuteur (31) qui l'a nommé. Mais,

(29) Voir *infra*, p. 122 et s.

(30) POMPONIUS, *D.*, 26, 1, 13, 1.

(31) Argument de « *ut suo periculo eum* (s.-ent. *adiutorem tutelae*) *constituant* » (s.-ent. *tutores*).

bien que, comme nous l'avons dit, l'*adiutor tutelae* ne fût vraisemblablement qu'un curateur adjoint particulier, on ne peut déduire de la solution établie en ce qui le concerne, une règle générale pour tous les cas d'adjonction. Et ce d'autant moins qu'Ulpien (32), quand l'adjonction d'un curateur est survenue en raison d'un accroissement de la tutelle ayant mis le tuteur dans l'impossibilité de s'acquitter seul de ses fonctions, c'est-à-dire dans l'espèce même où Pomponius prévoit la nomination de l'*adiutor tutelae*, donne, sur cette question de responsabilité, une réponse opposée.

Il décide, en effet, dans la première partie du § 9 (33) que le tuteur reste tenu des biens acquis en augmentation, malgré la présence d'un curateur spécialement désigné pour les gérer. D'où les deux éventualités suivantes concernant la responsabilité effective de chacun d'eux :

1° Ou le curateur est responsable à l'égard du pupille des biens qu'il administre et le tuteur est tenu solidairement avec lui;

2° Ou bien il n'est responsable qu'à l'égard du tuteur, seul tenu vis-à-vis du pupille.

D'après la fin du § 9, on doit admettre la première solution : *Sive datus est* (s.-ent. *curator*) *communicatur periculum cum prioribus* : quand il y a curateur adjoint, il partage la responsabilité avec les tuteurs. Ceci ne peut vouloir dire que le curateur sera responsable de la gestion totale, solidairement avec les autres tuteurs, puisque nous savons qu'il n'a à s'occuper que des biens auxquels il a été nommé, mais seulement qu'il répondra de sa gestion personnelle vis-à-vis du pupille avec les autres tuteurs tenus solidairement.

(32) ULPEN, *D.*, 26, 7, 9, 9

(33) Cité *supra*, p. 40.

Mais, selon M. Taubenschlag (34), cette fin de texte serait interpolée : il fait remarquer avec juste raison que le mot *datus* y figure trois fois en deux lignes et que la construction de la phrase laisse beaucoup à désirer. Par suite, cette solution ne nous donne que l'opinion du Bas-Empire, opinion d'ailleurs assez vraisemblable pour cette époque. En effet, le rapprochement du curateur et du tuteur a entraîné nécessairement un rapprochement entre leurs prérogatives respectives. Si un tuteur était nommé au cours de la tutelle, il ne pouvait être responsable vis-à-vis de ses collègues, étant tuteur comme eux, mais seulement vis-à-vis du pupille. Assimilant le curateur au tuteur, les jurisconsultes du Bas-Empire ont pu adopter ce point de vue pour la responsabilité du curateur adjoint.

En tout cas, comme indication précise sur cette responsabilité à l'Epoque Classique, nous n'avons que celle fournie par Pomponius concernant l'*adiutor tutelae*.

Ce dernier n'est pas responsable vis-à-vis du pupille, pour lequel seul assume les risques de toute l'administration le tuteur primitif. Mais ne perdons pas de vue qu'il a été nommé par le tuteur lui-même avec autorisation du préteur.

.....
Ce qui permet, pour conclure, de construire l'hypothèse suivante :

1° Le curateur adjoint a-t-il été demandé par le tuteur en fonctions pour raisons de convenance personnelle? Ce tuteur en répond comme d'un administrateur à ses gages, et le curateur prend le nom d'*adiutor tutelae* (35).

(34) TAUBENSCHLAG, *Studien*, p. 49.

(35) C'est aussi l'opinion exprimée par RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, t. I, p. 387.

2° Le curateur adjoint a-t-il été demandé par un tiers ou par le tuteur lui-même, mais uniquement dans l'intérêt du pupille, comme dans le cas de maladie ou de grand âge de ce tuteur, ou de son caractère suspect? Il répond lui-même de la gestion à l'égard du pupille et celui qu'il assiste en répond solidairement avec lui.

Pour le cas où le tuteur originaire ne peut suffire à la gestion de la tutelle, une distinction est à faire. S'agit-il d'un accroissement des biens du pupille par suite d'acquisition par succession ou autrement, rendant nécessaire la nomination d'un auxiliaire au tuteur? Cet auxiliaire sera responsable vis-à-vis du pupille. C'est la solution que donne le texte d'Ulpien; mais, comme cette partie du texte est interpolée, il y aurait lieu d'admettre qu'Ulpien s'était déjà prononcé en ce sens et que les compilateurs n'ont fait que transformer la forme en adoptant le fond.

Si au contraire le tuteur ne peut plus remplir seul ses fonctions, pour des raisons de convenance personnelle, et s'il s'adjoint un collaborateur, celui-ci ne sera responsable que vis-à-vis de lui, le pupille ne continuant à connaître, en fait de gestion, que son tuteur.

Mais cette hypothèse ne s'applique pas au cas du curateur *ad hoc*, prévu pour le Bas-Empire : la responsabilité de la gestion effectuée par ce curateur, distincte de celle du tuteur, lui incombe et n'incombe qu'à lui.

CHAPITRE III

TUTEUR OU CURATEUR CHARGE DE L'INTERIM

Lorsque le tuteur était provisoirement empêché de s'occuper des affaires du pupille, un tuteur ou un curateur intérimaire était désigné pour le remplacer. Si bien qu'en droit il y avait deux tuteurs ou un tuteur et un curateur simultanément, alors qu'en fait, le tuteur habituel étant suspendu de ses fonctions, la tutelle était gérée par le seul tuteur ou curateur intérimaire. Tout se passait comme si la tutelle normale s'arrêtait à l'intérim, pendant lequel se plaçait une autre tutelle, pour reprendre à la fin de cet intérim; et à aucun moment le tuteur et son remplaçant ne se trouvaient en concours. Aussi nous contenterons-nous d'être très bref sur cette question, puisque, pratiquement, elle ne constitue pas une application de la pluralité des tuteurs.

§ 1. -- *Tuteur intérimaire.*

Gaius cite le cas d'un tuteur testamentaire nommé *sub condicione* ou *ex die certo* et il décide que, jusqu'à l'arrivée de la condition ou du *dies certus*, l'administration sera confiée à un autre tuteur (1).

(1) GAIUS, I, 186 : *Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest... qui desinit tutor esse posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit.*

Ulpien prévoit la nomination d'un tuteur intérimaire, quand le tuteur habituel se trouve chez l'ennemi, dans trois textes différents.

a) Dans le premier, il distingue le cas où le tuteur a été fait prisonnier des ennemis, des cas où il a été envoyé chez eux comme parlementaire, a été recueilli par eux, ou encore a déserté. Et dans ces trois dernières hypothèses, à l'exclusion de celle où le tuteur a été fait prisonnier, il décide que le tuteur garde sa qualité, parce qu'il ne devient pas esclave, *quia servus non efficitur*, mais que, durant son absence, un autre tuteur est désigné par le gouverneur pour assurer l'intérim (2).

Il résulte des termes de ce texte et du rapprochement des incidentes : *Si quis tutor non sit captus ab hostibus* et *quia servus non efficitur*, qu'Ulpien considère la captivité comme une *capitis deminutio maxima*. Et, dans ces conditions, on comprend très bien que la question de tutelle intérimaire ne se pose pas. Puisqu'il a subi une *capitis deminutio maxima*, le tuteur a perdu définitivement son droit de tutelle (3); il s'agit de lui donner un remplaçant définitif et non momentané.

Mais ce raisonnement s'appuie uniquement sur le fait que la captivité entraîne la *capitis deminutio maxima*. Or, dans un autre fragment, Ulpien sépare très nettement la *capitis deminutio* de la captivité (4). Celle-ci, d'ailleurs, contraire-

(2) ULPEN (L. 38 ad Sab.), D., 26, 1, 13 : *Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit, quia servus non efficitur, tutor manet sed interim a praesidibus alius tutor dabitur.*

(3) Les esclaves ne peuvent être donnés comme tuteurs qu'à condition d'être affranchis par le testament qui les nomme : *Instit.*, I, 14, 1.

(4) ULPEN (L. 12 ad Sab.), D., 38, 16, 1, 4. cité par CUQ (*op. cit.* p. 112; n. 8) : *Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminu-*

ment à la *capitis deminutio*, à la suite du retour du prisonnier de guerre dans sa patrie, est considérée comme n'ayant jamais existé. Il y a une suppression rétroactive de ses effets⁽⁵⁾. Donc, puisque le tuteur fait prisonnier est susceptible de rentrer un jour ou l'autre dans sa patrie, et qu'en ce cas il recouvrera tous ses droits rétroactivement, il semble qu'il convienne de lui donner un remplaçant, seulement intérimaire, contrairement à ce que décidait le premier texte.

b) Le second des textes d'Ulpien sur la question du tuteur intérimaire, donne cette solution. Il indique, en effet, que, si l'un des tuteurs d'un pupille a été pris par les ennemis, ses collègues assurent l'intérim⁽⁶⁾, opinion absolument conforme à la suppression rétroactive des effets de la captivité par le *postliminium*.

tione vel magna vel minore exiit de potestate. Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt... En d'autres termes, alors que la *capitis deminutio magna* ou *minor* du fils suffit pour ouvrir le droit de succession des petits-enfants à l'égard du *paterfamilias*, la captivité laisse leurs droits incertain jusqu'à son décès. Cette incertitude provient précisément du fait que, revenu dans sa patrie, le fils recouvre tous ses droits et par conséquent ceux d'héritier sien, dans la succession de son père. Ainsi que le dit M. Desserteaux (*Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, t. I, p. 137), ce texte est incompréhensible si, au temps d'Ulpien, le captif est *capite minutus*.

(5) La récupération rétroactive de ses droits par le captif par l'effet du *ius postliminii* est indiquée par Pomponius, en termes formels (*L. 37 ad Quint Muc.*), *D.*, 49, 13, 5, 1 : *...postliminium habet, id est perinde omnia restituantur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset*.

(6) ULPYEN (*L. 38 ad Sab.*), *D.*, 26, 4, 3, 5 : *Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli copatroni tutores sunt. Simili modo et si in servitudinem redactus est, apparet ceteros esse tutores*. Le texte dans les trois cas de mort, captivité, esclavage, déclare que les copatrons sont tuteurs, mais il spécifie, au cas de captivité, que la gestion des copatrons prescrite est intérimaire.

c) Quant au troisième texte, il déclare que, si le frère du pupille se trouve auprès des ennemis, sans distinguer s'il y est à titre de captif, de parlementaire ou de transfuge, la tutelle ne passe pas à l'agnât du degré inférieur et que, comme cela a lieu si le tuteur est non le frère mais le patron du pupille, le prêteur désigne un tuteur intérimaire (7).

D'ailleurs Gaius (8) est du même avis. Si, dit-il, le tuteur a été fait prisonnier par l'ennemi, les lois autorisent à demander un autre tuteur; celui-ci cesse de l'être au retour dans la cité du tuteur captif, car, dès ce retour, le tuteur captif reprend ses fonctions conformément au droit du *postliminium*.

Ce qui implique assurément une suspension et non une suppression de la tutelle du captif et, par ailleurs, laisse supposer l'interpolation du texte d'Ulpien étudié en premier (9). Sans nul doute, originairement, ce texte assimilait la captivité aux autres cas de présence du tuteur chez l'ennemi et concluait à la nomination d'un tuteur intérimaire pour tous sans exception.

(7) ULPPIEN (*L. 14 ad Sab.*), *D.*, 26, 4, 1, 2 : *Si apud hostes sit frater, inferioris gradus agnato tutela non defertur : nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur : sed interim a praetore datur.*

(8) GAIUS, I, 187 : *Ab hostibus quoque tutore capto ex his legibus tutor peti debet; qui desinit tutor esse, si is qui captus est, in civitatem reversus fuerit; nam reversus recipit tutelam iure postliminii* (ce texte est reproduit par les Institutes, I, 20, 2). Voir en ce sens également GAIUS, I, 129, et l'interprétation qu'en donne DESSERTAUX, *loc. cit.*

(9) ULPPIEN, *D.*, 26, 4, 15. Cette interpolation est confirmée par DESSERTAUX (*op. cit.*, p. 143) qui indique qu'à une époque difficile à préciser, il y eut une modification dans la base de la *capitis deminutio maxima*, et que le captif devint *capitis deminutus*. Cette évolution du droit expliquerait le remaniement du texte.

§ 2. — *Curateur intérimaire.*

A en croire Celse, que nous avons déjà cité (10), on pourrait supposer que tous les fragments traitant d'une curatelle intérimaire sont interpolés. En effet, d'après lui, un curateur ne pourrait être donné au cas d'absence du tuteur. Mais, en sens contraire, il existe plusieurs textes, non suspectés par aucun auteur, traitant du curateur intérimaire.

Papinien décide qu'il n'y a pas lieu d'excuser un tuteur condamné à un exil temporaire, mais qu'il convient de le remplacer pendant son absence par un curateur (11). Et cette opinion est reproduite par les Institutes de Justinien (12).

Paul est, de même, d'avis de nommer un curateur au pupille dont le tuteur s'est absenté pour raisons d'Etat (13).

Modestin prévoit également la nomination d'un curateur intérimaire en cas de folie furieuse du tuteur (14).

Il cite, d'autre part (15), plusieurs cas de curatelle intérimaire.

D'abord, il indique comme donnant lieu à la désignation d'un curateur intérimaire, d'une façon générale, tous les cas où le tuteur en fonctions bénéficie d'une exemption temporaire (16).

(10) Voir *supra*, p. 37, CELSE (L. 11 Dig.), D., 26, 3, 11.

(11) PAPINIEN (L. 3 respons.), D., 27, 1, 28, 2. *Tutorem ad tempus exulare iussum excusari non oportet, sed per tempus exilii curator in locum ipsius debet dari.*

(12) Inst., I, 23, § : ...*Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.*

(13) PAUL (L. 2 ad Edict.), D., 26, 3, 13 : *In omnem rem curator dandus est in eius tutoris locum, qui rei publicae causa afit.*

(14) MODESTIN (L. 3 excus.), D., 27, 1, 12, pr. : ...*Furor autem non in totum excusat, sed efficit, ut curator interim detur.*

(15) MODESTIN (L. 3 excus.), D., 27, 1, 10, 6, 7 et 8.

(16) § 6 ...*curatorem dari licet in locum eorum, qui ad tempus vacationem accipiunt.*

Il cite aussi le cas où le tuteur a moins de vingt-cinq ans. Jusqu'à sa majorité, les biens de son pupille seront administrés par un curateur intérimaire (17).

Il donne la même solution au cas de maladie du tuteur et précise que celui-ci reprendra ses fonctions dès sa guérison (18). Même solution également si le tuteur est fou. Et à l'appui Modestin se réfère à Ulpien (19).

Tryphoninus envisage la désignation d'un curateur intérimaire en vue d'une fin déterminée : il s'agit de fournir au pupille des aliments à prélever sur ses propres biens (20). Ce texte est interpolé dans la plus grande partie, suivant M. Beseler (21), qui voit dans le long développement qu'il com-

(17) § 7 : *Si libertus dabitur minor a patrone tutor filiis vel etiam alius quivis minor viginti quinque annis, quamdiu minor erit, non obligabitur, sed interim alius in locum eius curator constituetur. Cui similis est etiam legitimus tutor, si forte minor sit : nam etiam in huius locum curator interim dabitur.*

(18) § 8. *Si quis ita aegrotet, ut non opus sit eum omnino a tutela liberare, in locum eius curator datur et ubi convalescerit, rursus ipse tutela suscipiet.*

(19) ...sed et si quis in furorem inciderit, illi similis est. Ita etiam Ulpianus ait. Le texte d'Ulpien figure d'ailleurs aux *Fragments du Vatican* : ULPPIEN (*L. de off. pr. tut.*), Fr. Vat., 184 : *In furorum qui inciderit, item excusabitur etiam ab ea quam antea suscepit tutela; neque tamen in totum, sed in locum furiosi ad tempus curator dabitur.*

(20) TRYPHONINUS (*L. 14 disput.*), D., 27, 2, 6 : *Si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem negligentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfinibus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem : et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. Si vero necessaria absentia tutoris et improvisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet : recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.*

(21) BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, t. II, p. 76.

porte une amplification probablement due à Tribonien. Le critique allemand ne conserve que la phrase : *Si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret... recte constituetur ad hoc solum ut ex re pupilli olimenta expediat*, dans laquelle Krueger remplace *constituetur* par *curator*.

Nous avons un autre texte de Modestin qui restreint à certains actes l'intérim du curateur. Celui-ci pourra faire tous actes de gestion sauf ceux comportant une *auctoritas*. Pour ceux-là, et le texte cite l'addition d'hérédité à titre d'exemple, il faudra désigner un tuteur (22).

Nous avons vu, à propos du curateur adjoint, un texte de Paul exprimant la même idée. Le fait de limiter les attributions d'un curateur intérimaire à tous les actes ne comportant pas l'*auctoritas*, que seul un tuteur peut donner, est très juridique à notre avis.

Aussi, partant du texte de Modestin, nous dirons que l'intérim pouvait être assuré indifféremment par un tuteur ou un curateur dans tous les cas où il n'y avait pas lieu d'assister le pupille de l'*auctoritas*. Ceci revient en fait à admettre indistinctement le tuteur ou le curateur, puisque, dans la pratique, on remplaçait les actes solennels avec assistance effective du tuteur par des actes non solennels ne le requérant pas (23).

(22) MODESTIN (*L. 8 reg.*), *D.*, 49, 1, 17, 1 : *Tutor pupillo datus si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est*. La dernière proposition « *quoniam... inutilis est* » est interpolée suivant SOLAZZI (*Minore Eta*, p. 8, n. 4). Le sens général du texte n'est en rien modifié d'ailleurs, si l'on exclut cette proposition. Cette interpolation nous semble très justifiée : on ne peut parler de l'*auctoritas* d'un curateur puisque le curateur n'a jamais eu cette prérogative. Voir en ce sens également, *Cuq. op. cit.*, p. 232, n. 4).

(23) Ainsi, à la place de l'addition d'hérédité, le curateur demandera

Car, hors cette réserve concernant les actes nécessitant l'intervention personnelle du pupille assisté de son tuteur, aucune différence ne résulte des textes précités entre les cas où l'intérim doit être confié à un tuteur et ceux où il doit l'être à un curateur.

Quelle différence par exemple entre l'hypothèse de Gaius d'un tuteur testamentaire *ex die certo* et l'hypothèse de Modestin d'un tuteur testamentaire qui n'a pas vingt-cinq ans ? Tous deux sont soumis à un terme et pourtant Gaius parle d'un tuteur et Modestin d'un curateur, pour assurer l'intérim.

Peut-on prétendre que, dans les textes où il y a *curator*, le mot est interpolé et qu'il faut lire *tutor* ?

Mais aucun de ces textes n'est suspecté à ce point de vue sinon, par M. Bonfante (24), celui de Modestin relatif au curateur chargé d'administrer la tutelle à la place du tuteur mineur de vingt-cinq ans.

Aucun, d'ailleurs, ne semble pouvoir l'être.

§ 3. — *Rapports entre le tuteur et l'intérimaire.*

Nous avons dit, au début de ce chapitre, qu'en fait la tutelle intérimaire n'était pas un cas de pluralité de tuteurs.

Car, bien qu'aucun texte ne résolve la question, il semble évident que la responsabilité du tuteur en fonctions se limitait à sa propre administration, exclusion faite de celle de l'intérimaire (25).

pour le pupille au préteur la *bonorum possessio* : ULPEN (L. 43 *ad Sab.*), D., 38, 17, 2, 43 : *Sed si infanti per tutorem petita sit possessio...*

(24) BONFANTE, *op. cit.*, p. 425, n. 2.

(25) Il n'en pourrait être autrement que dans les cas où l'absence momentanée du tuteur s'était effectuée sans autorisation du préteur;

Quant à son remplaçant intérimaire, il n'avait à répondre que de sa propre gestion. Mais probablement le règlement de comptes de sa gestion se faisait-il au retour du tuteur habituel et entre ses mains, puisque ses fonctions prenaient fin dès ce moment, et qu'il n'y avait aucune raison d'attendre la puberté du pupille : cette expectative aurait pu d'ailleurs préjudicier aux intérêts de celui-ci, en permettant au curateur ou tuteur intérimaire de devenir insolvable.

.....

Pour conclure, nous dirons simplement que le droit classique a prévu l'administration intérimaire de la tutelle tant par des tuteurs que par des curateurs, sauf lorsqu'il s'agissait d'assister le pupille. Quant au droit du Bas-Empire, en raison même du rapprochement à cette époque de la tutelle et de la curatelle, la solution que nous venons d'admettre, est, *a fortiori*, encore valable.

D'autre part, cette administration intérimaire étant absolument distincte de l'administration normale, la question des rapports entre tuteur et intérimaire ne se pose pas.

le remplaçant que le tuteur désignait de son propre chef n'était évidemment qu'un tiers à l'égard du pupille, pour qui le tuteur en fonctions restait seul responsable, en tant que tuteur (Voir *infra*, p. 226, n. 60).

TITRE III

RAPPORTS DES COTUTEURS

DANS L'ADMINISTRATION DE LA TUTELLE

La pluralité des tuteurs donnait lieu, à Rome, à trois modes de gestion distincts :

1° La tutelle était divisée entre les tuteurs, chacun d'eux ayant « un cycle d'affaires limité quant à l'étendue et à l'objet » (1).

2° La tutelle était indivise entre les tuteurs et tous étaient astreints à la gestion.

3° La tutelle était indivise entre les tuteurs, mais la gestion était confiée à l'un d'eux.

(1) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3^e éd., t. II, 1-2, § 443, p. 648.

CHAPITRE PREMIER

DIVISION DE LA TUTELLE

§ 1. — *Les deux formes de division de la tutelle.*

La tutelle était divisée soit en régions, *in regionibus*, soit en catégories d'attributions (1), *in partibus*. Mais la plupart des textes parlent d'une division par régions.

Marcien nous apprend notamment que, même chargé de la totalité de la tutelle, le tuteur pouvait se faire excuser de la gestion des biens situés au delà d'un rayon de cent milles à partir du siège de la tutelle, à moins qu'ils fussent dans une seule et même province. Et si l'excuse était admise, les gouverneurs désignaient des tuteurs pour l'administration des biens situés au delà du rayon prescrit. D'ailleurs cette excuse pouvait être également invoquée, précise Marcien, si le tuteur était sénateur (2-3).

(1) La division par catégories d'attributions est prévue par le § 1797 du nouveau Code civil allemand de même que par l'article 379 du Code civil suisse (Voir *supra*, p. 3 et s.).

(2-3) MARCIEN (*L. 2 Inst.*), *D.*, 27, 1. 21, 2 et 3 : *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit : et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia praesides eius.* 3. — *Nec senatores ultra centesimum lapidem urbis tutelam gerere coguntur.*

Un passage attribué à Ulpien (*L. de excusat.*, *Fr. Vat.*, 147), mentionne que les sénateurs peuvent se faire excuser de la gestion des biens situés au delà d'un rayon de deux cents milles, contrairement à l'indication de Marcien : *Imperatores nostri constituerunt, ne nisi intra*

Ulpien déclare valable en droit la nomination d'un tuteur soit pour les affaires d'Afrique, soit pour les affaires de Syrie (4).

Hermogénien prévoit deux tuteurs désignés : l'un par le prêteur pour les intérêts du pupille à Rome, l'autre par le gouverneur pour les intérêts du pupille en province (5).

Enfin Paul (6) nous donne une formule testamentaire à

ducentesimum miliarium senator populi Romani cogatur res pupilares administrare. D'où vient cette différence ? Nous ne le savons pas. Peut-être les avis des jurisconsultes étaient-ils partagés.

Un autre passage d'Ulpien (*L. de off. pr. tut.*, *Fr. Vat.*, 205), dans l'esprit du fragment de Marcien, prévoit la possibilité pour un tuteur de s'excuser de la tutelle relative aux biens situés dans une autre région que celle qu'il habite, sans d'ailleurs indiquer un rayon déterminé. Mais il précise que l'excuse est valable seulement si le tuteur n'est pas légataire du testateur qui l'a désigné. Dans ce cas, pour prix du legs dont il est bénéficiaire, il doit assumer la tutelle en entier : *Proinde si quis ad urbicam diocesim pertinens testamento tutor dabitur, excusare se debet ab eo patrimonio, quod in regionibus juridicorum est, pariter a re provinciali. Sed caveat, si legatum accepit, hoc facere; licite enim urbana sola administrat, verum quia non in plenum voluntati pareat, legati ei petitio denegabitur; idque divus Marcus in eo, qui se a re provinciali excusavit legato honoratus, Claudio Pulchro rescipit.*

(4) ULPYEN (*L. 38 ad Sab.*), *D.*, 26, 2, 15 : *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio est : hoc enim iure utimur.*

(5) HERMOGÉNIEU (*L. 2 iuris epitom.*), *D.*, 26, 5, 27, pr. : *Pupillo, qui tam Romæ quam in provincia facultates habet, rerum quæ sunt Romæ praetor, provinciarum praeses tutorem dare potest.*

Cette hypothèse correspond à celles que prévoit l'article 417 du Code civil français, où, exceptionnellement, il existe deux tuteurs pour une même tutelle (Voir *supra*, p. 1).

(6) PAUL (*L. sing. de testam.*), *Fr. Vat.*, 229.

A noter que suivant Paul, la désignation des tuteurs doit être mentionnée au testament seulement après l'institution d'héritier. C'est l'application de la théorie sabinienne tenant pour non avenue toute clause précédant cette institution. Mais, ainsi que nous l'apprend Gaius, II, 231, les Proculiens admettaient la validité d'une désignation de tuteur même inscrite en tête du testament, parce que cette désignation ne constituait pas une charge de l'hérédité : *Nostri praeceptores nec tutorem eo loco (c'est-à-dire ante heredis institutionem) dari posse existimant, sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.*

employer, lorsqu'on veut désigner à ses fils impubères ou à ses filles pubères deux tuteurs, l'un pour les biens situés dans une région, l'autre pour les biens situés dans une autre région :

Parentibus licet liberis suis in potestate manentibus testamento tutores dare, masculis quidem impuberibus, feminis vero etiam puberibus, et tam iam natis quam etiam postumis. Itaque post institutionem heredum hoc modo scribere potest : « Lucio Titio filio meo, et si mihi vivo mortuove nati alii erunt, tutores do Lucium Aurelium et Gaium Optatum, a quibus peto, ut tutelam liberorum meorum gerant ita, ut ea quae in Asia reliquero, Aurelius, ea autem quae in Italia, Optatus administret. »

Quant à la division de la tutelle par attributions, un texte d'Ulpien en parle. Il distingue le cas où la tutelle a été répartie par sphères d'attributions, *in partes*, de celui où elle l'a été par régions, *in regiones* (7).

Justinien y fait également allusion dans une constitution examinée plus loin, prévoyant la division de la tutelle *vel pro regionibus vel pro substantiae partibus* (8).

§ 2. — *Rapports des cotuteurs entre eux.*

A. PRINCIPE.

Chaque cycle d'attributions ou chaque région constitue une tutelle distincte, si bien que les tuteurs sont complètement indépendants l'un de l'autre. Telle est l'idée généralement admise par les jurisconsultes de l'Epoque Classique (9).

(7) ULPYEN (*L. 9 ad Edict.*), *D.*, 26, 7, 4, cité *infra*.

(8) JUSTINIEN, *C.*, 5, 59, 5, pr., cité *infra*, p. 68, n. 17.

(9) C'est encore le principe appliqué en droit civil français pour le cas exceptionnel de protutelle (voir *supra*, p. 1) et en droit civil allemand (voir *supra*, p. 3 et 4).

Nous avons d'abord l'opinion de Marcién (10). A propos du droit des tuteurs de ne pas gérer au delà de cent milles, il nous dit que, pour les biens situés hors de cette périphérie, un autre tuteur est nommé, et il laisse entendre la complète indépendance des deux tuteurs entre eux dans ces termes : *Habenti ergo tutorem tutor datur : sed aliarum rerum non earumdem datur.*

A son tour, Ulpien exprime la même idée, quand il déclare que, si la tutelle a été divisée soit *in partes*, soit *in regiones*, chacun des cotuteurs voulant exercer une action relative au cycle d'attributions où à la région qui ne lui est pas confiée, sera repoussé par l'exception (11).

Un texte de Scaevola nous amène à une conclusion identique : Des débiteurs provinciaux d'un pupille n'ayant aucun bien en Italie, ont promis aux tuteurs des *res italicæ* le règlement d'une créance. Quels tuteurs devront s'occuper du recouvrement de cette créance : les tuteurs des biens italiques ou ceux des biens provinciaux ? Et Scaevola de répondre : Puisqu'il s'agit d'une dette contractée par des débiteurs provinciaux, c'est-à-dire [du moins telle est l'opinion de Scaevola] d'une dette provinciale, les tuteurs des biens italiques ne pourront en réclamer le paiement. Ce qui revient à dire que les tuteurs italiques n'ont aucun droit de s'immiscer dans les affaires des tuteurs provinciaux et démontre l'indépendance des tuteurs entre eux dans une tutelle divisée.

Cependant, et dans un esprit d'équité, Scaevola indique comme étant du devoir des tuteurs italiques, puisque ce

(10) MARCIEN (*L.*, 2 *inst.*), *D.*, 27, 1, 21, 4.

(11) ULPYEN (*L.* 9 *ad Edict.*), *D.*, 26, 7, 4 : *Vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat.*

sont eux qui ont traité avec les débiteurs provinciaux, de mettre leurs collègues au courant de leurs tractations (12).

Citons dans le même esprit un fragment de Paul, d'où il résulte implicitement que, si des tuteurs de biens provinciaux ont consenti un prêt d'argent remboursable à Rome, c'est aux mains des tuteurs des biens italiques que ce remboursement doit être fait pour être libératoire (13). La dette est considérée, en raison du lieu de remboursement, comme faisant partie du patrimoine italique du pupille, et c'est précisément à cause de l'indépendance des tuteurs italiques

(12) SCAEVOLA (L. 2 respons.), D., 26, 7, 47, 2 : *Tutores dati ad res Italicas instrumenta Romae reppererunt debitorum provincialium, ut pecunia Romae aut ubicumque petitum fuerit solvatur : quaero, cum neque debitores in Italia essent neque eorum praedia, an haec exactio ad Italicae rei tutores pertineat. Respondi, si provincialis contractus esset, non pertinere, respicere tamen ad officium eorum, ne instrumentorum ignorantia contractus eos, ad quos administratio pertineret, lateret.*

(13) PAUL (L. 10 respons.), D., 46, 3, 100 : *Quaero, an curatoribus vel tutoribus in provincia datis Romae pecunia solvi possit, quae in provincia ita ab his faenerata esset, ut Romae solveretur, cum idem curatores vel tutores rerum Italicarum administrationem non sustinent, an, si solverit debitor, liberetur. Paulus respondit his tutoribus vel curatoribus recte pupillo pecuniam debitam solvi, qui negotia eius administrant : eos autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Italica negotia administrare non solere, nisi specialiter tutores provincialium rerum, ut sibi Romae redderetur, promitti curaverunt.* Remarquons que, dans le texte précédent de Scaevola, la dette entrait en compte dans tel ou tel cycle de la tutelle, suivant le lieu d'origine de ceux qui en étaient tenus. Qu'elle fût remboursable à Rome ou en province, une dette de personnes habitant la province était comprise dans le cycle des affaires provinciales, et, par conséquent, c'était aux mains des tuteurs des biens provinciaux que le remboursement devait en être effectué.

Au contraire, d'après le texte de Paul, il convenait de tenir compte du lieu prévu pour le paiement. La dette était-elle remboursable à Rome ? Bien que résultant d'un prêt consenti par les tuteurs des biens provinciaux, elle était comprise dans le cycle des affaires italiques et c'était entre les mains des tuteurs des biens italiques et d'eux seuls qu'il convenait de se libérer.

vis-à-vis des tuteurs provinciaux, qu'elle échappe à ces derniers.

Nous avons enfin un texte de Venuleius, où il est fait défense à chacun des tuteurs de s'occuper des affaires qui ne sont pas dans sa région. Le développement des idées est le suivant : Si la tutelle est indivise, chaque fidéjusseur est tenu pour le tout. Si la tutelle est divisée, les fidéjusseurs de chaque tuteur ne seront tenus qu'à concurrence des engagements pris par ce tuteur dans la limite de ses attributions, car le tuteur ne peut s'engager relativement à des biens situés dans une autre région que celle à l'administration de laquelle il a été désigné. Son engagement à leur égard est nul *perinde ac si ei administratio tutelae permissa non esset*. L'administration, d'une façon générale, ne vaut pas plus, si elle porte sur un bien pour lequel elle n'a pas été accordée, que si elle n'avait pas été accordée du tout ⁽¹⁴⁾. En autres termes, et c'est la conclusion que

(14) VENULEIUS (L. 6 stipul.), D., 26, 7, 51 : *Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fideiussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio : at si inter eos divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit, et alius urbana negotia, alius peregrina administraret, tunc ex substantia cuiusque rei aut committi contra fideiussorem stipulationem aut non committi dicemus : nam licet omnes tutores sint et tutelam gerant, tamen cum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad iudicium vocari coeperit, perinde non committitur stipulatio, atque si ei administratio tutelae permissa non esset : quantum enim facit in totum denegata, tantumdem valet, si in ea re de qua agitur denegata sit.*

A noter dans ce texte deux interpolations sans influence sur le sens général :

a) L'une concernant l'incidente *vel ad iudicium vocari coeperit*, indiquée par LÉVY, *Haftung mehrerer Tutoren*, Z, t. XXXVII, p. 73, n. 7.

b) L'autre portant sur *fideiussorem*, d'après KRUEGER.

Si l'on supprime seulement, comme le prévoit KRUEGER, *fideiussorem* dans *in fideiussorem quidam* et *aut committi contra fideiussorem*, il convient de mettre à la place un autre substantif qu'appellent les pré-

M. Lévy ⁽¹⁵⁾ tire de ce texte, chaque tuteur est un tiers sans droit pour tout ce qui est en dehors de son ressort; sans droit et sans responsabilité, pourrait-on dire à la suite d'Alexandre Sévère :

Ad eos, qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur ⁽¹⁶⁾.

B. — QUESTIONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

D'ailleurs, pour si complète que soit l'indépendance des cotuteurs, il sera nécessaire, à propos de certaines questions d'ordre général, qu'ils se mettent d'accord entre eux. Et ceci n'est pas contradictoire : toute question, du fait même qu'elle est d'ordre général, intéresse chaque part de la tutelle prise isolément et par conséquent requiert l'avis de tous les cotuteurs.

Ainsi, décide une constitution de Justinien, quand la gestion de la tutelle a été divisée par régions ou par catégories d'affaires, chaque tuteur, qu'il soit testamentaire, légitime ou datif (sur enquête ou non), autorise le pupille dans la limite de ses attributions. Mais si une question relative à la dissolution de la tutelle se pose, telle qu'une demande d'adrogation du pupille, il est évident que la solution n'en peut intervenir à l'insu de l'un quelconque des tuteurs ⁽¹⁷⁾.

positions *in* et *contra*, et ce substantif ne peut être que *tutorem*. Et le raisonnement, directement établi à propos du tuteur, ou indirectement à propos du fidéjusseur d'un des tuteurs, reste le même.

(15) LÉVY, *op. cit.*, p. 23.

(16) ALEXANDRE SÉVÈRE, C., 5, 38, 2.

(17) JUSTINIEN, C., 5, 59, 5, pr. et 1 : ...*sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno sive ex lege vocati sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel*

Et Justinien conclut par cette règle au paragraphe suivant :
Necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.

Sans doute s'agit-il d'une opinion du Bas-Empire, mais il semble très probable que le droit classique avait admis la solution de Justinien, tant elle est logique.

C. — DIVISION AMIABLE DES COTUTEURS ENTRE EUX.

Si la tutelle a été divisée sur simple entente intervenue entre les tuteurs, et non à la suite d'une décision du magistrat ou du testateur, la division est inopérante vis-à-vis des

pro regionibus vel pro substantiae partibus : ibi etenim necesse est singulis pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare, quia in hoc casu non absilimes esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et simpliciter datos iubemus eo, quod fideiussionis onere praegravantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur. 1. — Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res quae agitur solutionem faciat ipsius tutelae, ut puta si pupillus in adrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est solvi tutelam nec consentiente, sed forsitan et ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus...

Deux remarques sont à faire :

1° La phrase *quia... speratur* ne se rapporte pas au cas de division de la tutelle; elle se relie à la phrase précédente envisageant la validité de l'*auctoritas* d'un seul tuteur au cas de tutelle indivise; le contexte le prouve. Et en effet, comme dans cette phrase, le verbe est à la première personne du pluriel : ici, *iubemus*, là, *sancimus*. Au contraire, la proposition incidente, relative à la division de la tutelle, a son verbe à la troisième personne du singulier.

2° On peut se demander s'il n'est pas abusif d'appliquer l'idée renfermée dans les dernières phrases *Sed haec omnia...* à la division de la tutelle, puisque ces phrases viennent à la suite de celle concernant la tutelle indivise et prévoyant que l'*auctoritas* d'un seul tuteur suffit, mais les mots *haec omnia* renvoient à tout ce qui précède, c'est-à-dire tant à la phrase elle-même qu'à l'incidente concernant la tutelle divise, qui y est incluse. Si, en effet, elle ne se rapportait pas à celle-ci, Justinien aurait ouvert à son propos une parenthèse.

Ce n'est donc pas abusivement que nous faisons application du raisonnement au cas de division de la tutelle.

tiers comme vis-à-vis du pupille (18). C'est ce qu'exprime Windscheid (19) dont l'opinion est suivie par M. Lévy (20) :

« L'attribution de l'administration à un seul tuteur comme la répartition de la gestion ne peuvent avoir d'effet juridique, si elles n'émanent pas d'une autorité supérieure à la tutelle, et à cet égard un accord entre les tuteurs ne lie ni le pupille ni en général les tiers. »

Nous avons d'ailleurs un texte de Julien pour appuyer cette opinion. Ce texte décide que, quand la tutelle a été partagée par les tuteurs entre eux, elle reste une et indivise au point de vue du pupille, et que les tuteurs sont tenus indistinctement de la part qu'ils administrent comme de celles dont ils ont remis l'administration à leurs collègues.

La situation est la suivante : Deux tuteurs se sont partagés l'administration d'une tutelle et l'un d'eux est décédé. La question se pose de savoir si l'on doit poursuivre à sa place le magistrat qui a omis de lui faire verser la *cautio rem pupilli salvam fore* ou le collègue tuteur. Le texte décide de poursuivre de préférence ce dernier parce que : 1° Il aurait dû gérer l'ensemble de la tutelle, *cum sciret pupillo cautum non esse*; 2° Il convient de l'assimiler à un tuteur défaillant en ce qui concerne la part dévolue à son collègue (21).

(18) De même actuellement, le Code civil allemand prévoit la répartition de la tutelle entre les tuteurs, mais seulement émanée soit du père ou de la mère dans leur testament, soit du Tribunal des tutelles, dont le rôle correspond dans son principe général à celui du prêteur en droit romain (voir *supra*, p. 3 et 4).

(19) WINDSCHEID, *op. cit.*, t. 2, § 443, p. 619 et 620.

(20) LÉVY, *op. cit.*, p. 32 et 33.

(21) JULIEN (*L. 21 dig.*), *D.*, 27, 8, 5 : *Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutelae : alter sine herede decessit : quaesitum est, in magistratum, qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem*

Ces deux motifs sont incompatibles. Ou bien l'on tient le cotuteur survivant responsable de la portion de biens, à l'administration desquels il avait commis son collègue décédé, parce qu'il aurait dû les gérer en raison du défaut de cautionnement de ce collègue; et l'on est en droit de penser qu'*a contrario*, si son collègue avait presté la *cautio rem pupilli*, il serait dégagé de toute responsabilité. Mais cette solution est contradictoire avec le second motif. Ou bien on le tient pour responsable, parce que l'on considère la division de tutelle qu'il a faite d'accord avec son collègue comme inopposable au pupille, à l'égard duquel sa carence l'assimile purement et simplement à un curateur *cessans suo periculo*. Et en ce cas l'idée de faute personnelle dérivée du fait qu'il connaissait l'absence de cautionnement de son collègue n'a aucun intérêt.

Evidemment, dans ces conditions, le seul motif à retenir est celui développant l'analogie du tuteur en question avec un tuteur *cessans suo periculo*. Il y a lieu de penser que l'incidente *cum sciret pupillo cautum non esse* est interpolée.

C'est d'ailleurs l'opinion de M. Lévy (22), qui suspecte toute idée de faute personnelle reprochée à un cotuteur,

actio pupillo dari deberet. Respondi aequius esse in alterum tutorem dari quam in magistratum : debuisse enim eum, cum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet. Voir infra, p. 214 et s., et 238 et s.

(22) LÉVY, *op. cit.*, p. 33. Le savant critique rejette également la dernière phrase du texte *nam etsi aliquam partem negotiorum pupillo administraverit, tenetur etiam ob rem quam non gessit, cum gerere debet*. Il n'y voit, avec juste raison d'ailleurs, qu'une répétition inutile de l'idée précédemment exprimée, à savoir que le cotuteur survivant doit être assimilé à un tuteur *cessans suo periculo*.

comme une création justinienne tendant à faire échec à la notion du *periculum commune*⁽²³⁾.

Par conséquent, nous pouvons à bon droit tirer du texte de Julien la preuve que, convenue simplement par les cotuteurs entre eux, la division de la tutelle n'est pas opposable au pupille et que chacun continue à répondre de la gestion de la tutelle toute entière, comme si elle était indivise.

Nous avons dans ce sens également une constitution de Carinus et Numerianus, où est établie formellement la distinction entre tutelle divisée par la volonté du testateur ou du gouverneur, et tutelle divisée par simple entente des tuteurs entre eux. Dans le premier cas, pas de responsabilité des tuteurs du fait de l'un d'eux, sauf faute personnelle de négligence consistant dans le fait de s'être abstenu de dénoncer un collègue comme suspect. Et il convient de ne retenir cette réserve que pour le Bas-Empire, car, nous le verrons⁽²⁴⁾, l'incidente relative au défaut de surveillance est très vraisemblablement interpolée. Dans l'autre, droit du pupille de poursuivre chacun pour le tout; à condition de lui faire cession des actions qu'il possède, pour faciliter le recours de ce tuteur contre ses collègues⁽²⁵⁾.

(23) Sur le *periculum commune*, voir *infra*, p. 206 et 207.

(24) Voir *infra*, p. 133.

(25) CARINUS et NUMERIANUS, C., 5, 32, 2 : *Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. In divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus contutorem suum non administrasse pupillares res. Sin vero ipsi inter*

C'est pourquoi M. Ascoli ⁽²⁶⁾ a tort d'admettre, comme il le fait, d'une façon absolue, l'indépendance complète des tuteurs au cas de division de la tutelle, alors qu'au contraire la restriction apportée tant par Windscheid que par M. Lévy se trouve pleinement vérifiée.

.....

Pour nous résumer sur les rapports des cotuteurs dans une tutelle divisée, nous dirons :

Une tutelle, divisée entre les tuteurs par catégories d'attributions ou par régions, se présente comme si, en réalité, il y avait autant de tutelles indépendantes et distinctes qu'il y a de parts de tutelle. Mais la tutelle reste une et indivisible, tant pour les questions d'ordre général requérant l'approbation de tous les tuteurs, que dans le cas où la division émane des tuteurs entre eux, et non pas d'une autorité qualifiée.

Et nous admettrons cette solution indistinctement pour l'Epoque Classique comme pour le Bas-Empire, sous cette restriction qu'au Bas-Empire s'est manifestée la tendance de mettre à la charge des tuteurs l'obligation de dénoncer leur collègue suspect.

se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

(26) ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidadi, Studii et documenti di storia e diritto*, t. XI, p. 121.

CHAPITRE II

TUTELLE INDIVISE ENTRE LES TUTEURS

L'administration de la tutelle par tous les cotuteurs en commun, qui apparaît comme la conséquence logique de leur pluralité, ne semble pas avoir été très en faveur à Rome. On comprend facilement toutes les complications pratiques qu'entraîne la nécessité de l'accord de tous, à propos de chaque acte, et la possibilité pour chacun de s'opposer à la réalisation d'un projet admis par tous les autres.

Aussi, alors que, comme nous l'avons vu, de nombreux textes examinent la question d'une tutelle divisée, alors que Venuleius déclare en propres termes que la division de la tutelle par régions est très fréquente (1), les indications sont faibles sur la tutelle indivise entre les tuteurs.

C'est d'abord un texte de Tryphoninus (2) supposant une tutelle indivise entre trois tuteurs : *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est* (3), *secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit...*

(1) VENULEIUS, D., 26, 7, 51, cité *supra*, p. 67, n. 13 : ...*at si inter eos* (s.-ent. tutores) *divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit...*

(2) TRYPHONINUS (L. 14 disput.), D., 26, 7, 55, pr.

(3) L'*incidente et solvendo non est*, qui n'a aucun intérêt pour nous dans la question que nous étudions, est interpolée suivant BINDER (*Korrealobligationen*, p. 343) comme faisant allusion au bénéfice de division, qui n'a été étendu aux tuteurs, nous le verrons (*infra*, p. 196 et s.), qu'au Bas-Empire.

C'est ensuite le texte précédemment cité de Justinien, rapportant une ancienne décision controversée, *veterem dubitationem*.

Auparavant, nous dit la constitution, on distinguait, en l'absence de division de la tutelle, les tuteurs testamentaires et donnés sur enquête, des tuteurs légitimes et *simpliciter dati*.

En ce qui concerne les premiers, l'*auctoritas* d'un seul suffisait; les autres, au contraire, étaient tenus d'intervenir tous ensemble pour habilitier le pupille.

Et Justinien décidait d'abolir désormais cette distinction et d'admettre dans tous les cas que l'*auctoritas* d'un seul suffirait (4).

Ainsi nous avons la preuve qu'avant le Bas-Empire, les complications pratiques de la gestion en commun nécessitant l'accord de tous étaient apparues, puisque pour les tuteurs testamentaires et nommés sur enquête, on avait admis comme suffisante la seule intervention de l'un d'eux aux côtés du pupille.

Mais on ne peut dire avec certitude que *veterem dubitationem* désigne, dans la pensée de Justinien, une controverse remontant à l'Epoque Classique. Il conviendrait même de

(4) JUSTINIEN, C., 5, 59, 5, pr. : *Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno sive ex lege vocati sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus...*

Les mots *licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati* indiquent formellement qu'il s'agit d'une tutelle gérée en commun.

supposer qu'il s'agissait, au contraire, d'une controverse soulevée par les maîtres beyrouthins du v^e siècle. En effet, suivant l'opinion de M. Collinet (5), c'est à eux que les contemporains de Justinien se réfèrent fréquemment et ils les désignent sous les épithètes de οἱ παλαιοί, οἱ παλαιότεροι, qui correspondent exactement au mot *veteres*. Par suite on ne peut admettre l'intervention d'un seul tuteur testamentaire ou sur enquête, avec certitude, qu'à dater du v^e siècle.

Il ne faut pas s'étonner d'ailleurs que les tuteurs testamentaires et *ex inquisitione dati* aient été favorisés les premiers. On sait que la tutelle testamentaire avait la faveur des Romains. En outre, le tuteur désigné après enquête apparaissait comme donnant des garanties que ne présentait pas toujours le tuteur légitime (6), et que ne pouvait évidemment donner le tuteur nommé sans enquête.

Nous avons à étudier un autre texte qui date de l'Époque Classique et concerne l'intervention des tuteurs par voie de *negotiorum gestio*.

Ce texte de Julien (7), par les difficultés qu'il soulève, demande à être cité en son entier :

Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur vel an unus rem furiosi alienare possit. Respondi recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum quia solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intellegitur alter consentire ; denique si praesens sit et vetet solvi, vetet venire vel tradi, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet.

Avant d'aborder l'étude de ce fragment, remarquons qu'il

(5) COLLINET, *Histoire de l'Ecole de droit de Beyrouth*, p. 183 et s.

(6) Cf. GAIUS, I. 200, cité *infra*, p. 90, n. 21.

(7) JULIEN (L. 21 *dig.*), D., 27, 10, 7, 3.

entre bien dans le cas de curatelle (ou tutelle) indivise que nous examinons. Il parle des actes passés par l'un des curateurs *alteri ex curatoribus* : ceci implique la pluralité des curateurs, et comme rien n'indique d'autre part qu'un seul soit chargé de la gestion, il y a tout lieu de penser qu'ils exercent la curatelle, en droit sinon en fait, indivisément.

Julien examine successivement trois questions : 1° le paiement d'un débiteur d'un fou entre les mains d'un curateur de ce dernier, 2° l'usucapion d'un bien d'un fou acquis de l'un de ses curateurs, 3° la vente d'un bien d'un fou par l'un de ses curateurs, sont-ils valables?

Première question. — Paiement d'un débiteur d'un fou aux mains de l'un des curateurs de ce dernier.

Il est libératoire, répond Julien, parce qu'il convient de l'examiner davantage au point de vue du fait que du droit. En d'autres termes, la valeur du paiement résulte avant tout du fait de la numération des deniers. Quant au défaut de qualité de la personne entre les mains de qui cette numération a été effectuée, ou ne s'en préoccupe pas; on suppose simplement que la non-opposition au paiement des collègues de celui qui l'a reçu vaut acquiescement implicite de leur part.

Mais il suffira, pour que le paiement ne soit pas libératoire, que les collègues soient présents et s'y opposent (8).

Le raisonnement de Julien ne donne lieu à aucune objection; il est à admettre sans réserve. C'est d'ailleurs également l'avis de M. Gradenwitz (9) qui a étudié ce texte de très près.

(8) Remarquons d'ailleurs qu'il suffira qu'un seul des collègues intervienne et s'oppose pour que le paiement ne soit plus libératoire; le texte ne le dit pas, mais la logique le fait supposer.

(9) GRADENWITZ, *Bulletino del Istituto di diritto romano* (indiqué dans la suite par l'abréviation *B. I. D. R.*), t. VII, p. 40.

Deuxième question. — Usucapion d'un bien d'un fou acquis par l'un des curateurs (10).

La question telle que la pose Julien est la suivante : Un tiers a acheté un bien d'un des curateurs du fou, pourra-t-il l'usucaper ?

Le texte porte que cette acquisition a été régulière, *legitime mercaretur*. Mais on doit supposer, avec M. Lenel, que Julien a écrit *non legitime* (11). En effet, pour que la vente eût été régulière, il aurait fallu que le curateur, qui y avait été partie, agît comme mandataire de ses collègues; or, l'idée de mandat est inconciliable avec la fin du texte, qui envisage une opposition des collègues du curateur.

Revenons à la question d'usucapion. Elle se pose en effet, car le tiers n'acquérant pas du fou lui-même, la *mancipatio* n'a pu avoir lieu, mais seulement la *traditio* du bien; et celle-ci ne donne que l'*in bonis* (12). Julien répond : l'usucapion sera possible, parce que la *traditio* est, comme le paiement, davantage question de fait que de droit. Régulièrement l'usucapion devrait être impossible, car la tradition devant servir à l'étayer n'est pas valable, conclue par un seul des curateurs. Mais, ici encore, le fait de la remise du bien au tiers par le curateur suffit, sans que l'on ait à se préoccuper du défaut de qualité du curateur pour effectuer cette remise. Sauf opposition de la part de ses collègues, le curateur peut seul faire valable tradition d'un

(10) Tout le passage relatif à l'usucapion serait interpolé suivant VASSALI, *Miscellanea*, t. II, p. 25.

(11) LENEL, *Palingene sia Juliani*, n° 336.

(12) Voir sur l'*in bonis* et la tradition, CUQ, *op. cit.*, p. 249; GIRARD, *op. cit.*, p. 274 et s.

Voir également NERATIUS (*L. 6 regular.*), D., 41, 1, 13, sur l'acquisition par voie de tradition *per extraneam personam*.

bien à un tiers (43) et, par conséquent, ce tiers peut à son tour usucaper ce bien.

Troisième question. — Vente d'un bien d'un fou par l'un de ses curateurs.

Julien la déclare également valable, si l'on en croit le texte. Mais l'interpolation semble certaine. Le texte porte : *Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvitur, vel an unus rem furiosi alienare possit. Respondi recte solvi.*

La phrase : « j'ai répondu que le paiement était valable », se conçoit appliquée à la première question : *an alteri... solvitur*, mais ne signifie rien, au regard de la seconde question : *vel... alienare possit*.

Il y a plus. Pour expliquer la validité d'une vente faite par un seul des curateurs, Julien donne la même explication que pour le paiement d'un débiteur du fou ou pour la tradition, la vente est davantage une question de fait que de

(43) M. GRADENWITZ (*loc. cit.*), interprète autrement la pensée de Julien. Très schématisé, son raisonnement est le suivant : Le paiement du prix de vente est la condition pour usucaper. Or, Julien suppose que le tiers a acquis un bien de l'un seulement des curateurs d'un fou et décide que l'usucapion est permise. Par conséquent, il sous-entend d'une part que le tiers a payé le prix aux mains de ce curateur, puisque l'acquisition a été passée avec lui seul et, d'autre part, que ce paiement est valable puisque l'usucapion qu'il conditionne est déclarée possible.

Le cas est donc identique au précédent; il s'agit, ici et là, d'un paiement effectué à l'un des curateurs d'un fou; seule la cause de ce paiement diffère : existence d'une dette d'une part, acquisition d'un bien d'un fou de l'autre.

Ce raisonnement ne nous satisfait pas. Pour rendre possible son interprétation, M. Gradenwitz rejette les mots *traditio* et *vel tradi*, qu'aucune raison ne permet d'exclure du texte original de Julien. En second lieu, il ne se prononce pas sur la validité de l'acquisition en soi du bien de l'un seulement des curateurs du fou, question qui est précisément examinée par Julien.

droit. Mais ceci nous apparaît inexact, et, sans aucun doute, telle n'a pu être l'opinion d'un jurisconsulte classique. Dans un paiement, dans une tradition, il y a une prestation indispensable qui est la cause même du paiement ou de la tradition. Et l'on peut sacrifier à cette question de fait la question de droit née de la validité du paiement ou de la tradition. La vente, au contraire, est causée non par une prestation (*factum*) mais par un double consentement, qui lui-même ne vaut que si ceux dont il émane ont qualité pour le donner; en autres termes il n'y a vente que s'il y a dans la personne du vendeur droit de disposer de la chose vendue. N'oublions pas en effet qu'en droit romain (14), le transfert de propriété n'est que la conséquence de la vente, il ne la constitue pas et celle-ci ne comporte qu'une obligation de transférer la propriété d'un bien, que le vendeur a contractée à l'égard de l'acheteur. Si bien qu'ici la question de droit : validité du consentement des parties et notamment de celui du vendeur, se pose seule à l'exclusion de toute question de fait. La justification prêtée à Julien ne s'applique donc pas. Et l'interpolation du texte apparaît comme certaine. Elle est d'ailleurs admise par M. Gradenwitz.

On ne peut donc conclure à la validité en général des actes de gestion passés par un des curateurs, sans opposition de ses collègues (15). Elle n'est affirmée que pour ceux de ces actes qui posent une question de fait avant toute question de droit, c'est-à-dire s'apparentent au paiement ou à la tradition. Hors les cas où la question de fait prime la question de droit, l'acte passé par un curateur au nom

(14) Sur l'effet de la vente à l'Epoque Classique, voir CUG, *op. cit.*, p. 458; GIRARD, *op. cit.*, p. 577.

(15) Sauf naturellement s'il agit avec un mandat de ceux-ci.

de ses collègues (16) n'est pas valable et n'engage pas le pupille.

Mais deux questions se présentent :

D'une part, peut-on appliquer la solution donnée par Julien aux tuteurs ? En principe, oui. Car il n'y a aucune différence entre le curateur d'un fou et le tuteur d'un pupille, agissant tous deux par voie de *negotiorum gestio*, en qualité d'administrateurs de la chose d'autrui.

Cependant, cette solution ne doit être étendue indistinctement à tous les tuteurs qu'au Bas-Empire, puisque nous savons que c'est seulement sous Justinien que l'*auctoritas* d'un seul tuteur légitime ou *simpliciter datus* a suffi pour engager le pupille. On ne peut admettre qu'avant cette date un seul tuteur pouvait conclure valablement certains actes par voie de *negotiorum gestio*, alors qu'il ne le pouvait pas par voie d'*auctoritas*. Et ce d'autant plus que celle-ci, en raison de l'intervention du pupille, permettait moins d'initiative au tuteur que celle-là (17).

Il convient donc dès maintenant de refuser la solution de Julien aux tuteurs légitimes et *simpliciter dati*, en ce qui concerne l'Epoque Classique.

D'autre part, peut-on, également en raisonnant par analogie, admettre qu'à l'Epoque Classique les actes qui exigeaient seulement l'intervention d'un tuteur agissant au nom du pupille (*negotiorum gestio*) pouvaient être valablement passés par le pupille assisté d'un seul de ses

(16) Cependant WINDSCHILD (*op. cit.*, p. 619), n'hésite pas, s'appuyant sur Julien, à dire qu'au cas où la tutelle est restée indivise entre les tuteurs, chacun a individuellement le droit d'administrer, en l'absence d'opposition de ses collègues, donnant par là même au texte une portée très large.

(17) Sur l'*auctoritas* et la *negotiorum gestio*, voir GIRARD, *op. cit.*, p. 219 et s., et CUQ, *op. cit.*, p. 209 et s.

tuteurs (*auctoritas*) ? Oui, semble-t-il. Car nous savons que les actes qui s'effectuaient par voie de *negotiorum gestio* pouvaient s'effectuer *a fortiori* par voie d'*auctoritas* (18).

Or il y a un texte d'Ulpien⁽¹⁹⁾ qui décide que, quand plusieurs tuteurs testamentaires gèrent la tutelle, l'*auctoritas* de l'un suffit pour habiliter le pupille :

Si plures sunt tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accomodare, praeter eos, qui testamento dati sunt; nam ex his vel unius auctoritas sufficit.

D'après ce fragment donc, la gestion par voie d'*auctoritas* d'un seul tuteur n'était valable à l'Epoque Classique qu'en matière de tutelle testamentaire, mais elle l'était pour tous les actes en général. Et la même solution doit être admise en ce qui concerne la *negotiorum gestio*, mais seulement pour les actes prévus par Julien.

.....

Nous pouvons dire, pour conclure, qu'en matière de tutelle indivise l'assistance d'un seul tuteur n'a été suffisante à l'Epoque Classique que pour la tutelle testamentaire. Les maîtres de l'Ecole de Beyrouth, au v^e siècle, ont vraisemblablement étendu cette règle aux tuteurs *ex inquisitione* (20) et enfin Justinien l'a appliquée à tous les tuteurs en général.

Pour ce qui est de la *negotiorum gestio* d'un seul tuteur, concernant certains actes qui s'apparentent au paiement ou à la tradition, elle a dû être admise seulement en faveur des tuteurs testamentaires à l'Epoque Classique et en faveur de tous les tuteurs sous Justinien.

(18) Mais la réciproque n'est pas vraie. Les actes *quae sollemnitatem iuris desiderant*, ne peuvent être passés que par voie d'*auctoritas* (voir *supra*, p. 39).

(19) ULPEN, XI, 26 (Textes de GIRARD, 5^e éd.).

(20) Sous réserve des controverses que Justinien nous indique, mais dont nous ignorons l'esprit et la portée.

CHAPITRE III

GESTION PAR UN DES COTUTEURS

Cette forme de gestion se subdivise elle-même en deux :

- 1° La gestion par un des cotuteurs moyennant caution;
- 2° La gestion par un des cotuteurs sans caution.

Nous étudierons successivement ces deux cas et dirons, pour terminer, quelques mots du concours de ces deux formes de gestion unique.

SECTION PREMIÈRE

Gestion par un des cotuteurs moyennant caution.

M. Cuq s'exprime en ces termes sur la question :

« Il n'est pas rare qu'un pupille ait plusieurs tuteurs légitimes ou testamentaires ou nommés par le magistrat. L'administration reste, en ce cas, indivise entre les tuteurs, mais l'un d'eux peut se charger d'administrer seul en fournissant à ses cotuteurs la caution *rem pupilli salvam fore*. Cette règle introduite par le prêteur au profit des tuteurs testamentaires a été étendue par la jurisprudence aux tuteurs légitimes et aux tuteurs nommés sur enquête. » (1).

Nous allons vérifier si la gestion d'un des cotuteurs moyennant caution a bien été admise dans les trois formes de tutelle, à l'Epoque Classique.

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 160.

§ 1. — *Tutelle testamentaire.*

Il y a deux textes d'Ulpien sur la question.

Le premier renferme trois idées principales : D'abord il décide qu'un cotuteur testamentaire peut demander à gérer seul en offrant caution *rem pupilli salvam fore* à ses collègues, pour les garantir contre les risques de sa gestion. Ensuite, il déclare que, si tous les cotuteurs offrent caution, tous géreront. Enfin, il décide que, pour choisir parmi plusieurs cotuteurs demandant à gérer seuls, le prêteur ne doit pas tenir compte de l'offre de fournir caution faite par certains, mais préférer celui qui est le plus honorablement connu et le plus capable. En d'autres termes, même sans offrir caution, un cotuteur bien considéré peut obtenir que la gestion lui soit confiée à l'exclusion de ses collègues (2).

La première idée n'est pas à suspecter. Les deux autres, au contraire, sont interpolées (3).

(2) ULPPIEN (*L. 35 ad Edict.*), D., 26, 2, 17 : *Testamento datos tutores non esse cogendos satisfacere rem salvam fore certo certius est : sed nihilo minus cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur. Sed recte praetor etiam ceteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisfacere : nam et si ipsi parati sunt satisfacere, non debent excludi alterius oblatione, sed impleta videlicet ab omnibus satisfactione omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus esset. 1. — Non omnimodo autem is ominis cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus qui satisfacit praeferendus est : quid enim si suspecta persona sit vel turpis cui tutela committi nec cum satisfactione debeat? vel quid si iam multa flagitia in tutela admisit? nonne magis repelli et reici a tutela, quam solus administrare debeat? nec satis non dantes tenere repelluntur, quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiam si satis non dent, non debent reici : quin immo nec iubendi sunt satisfacere. 2. — Duplex igitur causae cognitio est, una ex persona eius qui optulerit satisfactionem, quis et qualis est, alia contutorum, quales sunt, num forte eius existimationis vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire.*

(3) L'idée suivant laquelle, si tous les tuteurs offrent caution, tous

En effet, selon M. Taubenschlag (4) il y a lieu de noter les expressions fréquentes chez les compilateurs, telles que : *si ipsi, videlicet, omnimodo*, l'emploi du verbe *satisdare* alors que le contexte demanderait *satisfactionem offerre*, puisqu'il est question d'une offre de caution, les répétitions telles que *repelli et reici, bene probati et idonei atque honesti*; les phrases interrogatives à allure rhétorique comme *quid enim si* et enfin l'emploi de l'indicatif dans le style indirect : *duplex causae cognitio est... quis et qualis est*.

D'ailleurs la possibilité d'admettre l'offre d'un cotuteur de gérer seul sans caution semble contredite par un texte de Callistrate (5). Il y est question d'attribuer la gestion au plus capable des cotuteurs qui offrent caution *quod si plures satisdare parati sint, tunc idonior praeferendus erit*, ce qui a l'air d'impliquer l'exclusion de ceux demandant à gérer seuls sans l'offrir. Ce texte n'est pas suspecté et l'idée qu'il exprime nous apparaît, au point de vue logique, très exacte. Exiger en effet que le cotuteur sollicitant la gestion pour lui seul donne des garanties à ses collègues, c'est en somme lui demander simplement une preuve de son honorabilité. Car il est bien évident qu'un individu douteux ou incapable trouvera difficilement un répondant sérieux.

Un autre texte d'Ulpien parle également de la faculté accordée aux cotuteurs testamentaires de gérer seuls moyennant caution (6).

Pour nous résumer, nous voyons établie, en ce qui con-

géreront, est exprimée en termes beaucoup plus nets par les Basiliques (37, 2, 16, HEIMBACH, t. III, p. 649)...εἰ δὲ πάντες ἀσφαλίζονται, διοκοῦσιν οἱ πάντες.

(4) TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 12 et s.

(5) CALLISTRATE (L. 3 *Edicti monitorii*), D., 26, 2, 18.

(6) ULPPIEN (L. 35 *ad Edict.*), D., 26, 2, 19, 1 : *Hoc edictum de satisfactione ad tutores testamentarios pertinet...* (Voir la note suivante).

cerne les tuteurs testamentaires, l'opinion exprimée par M. Cuq.

§ 2. — *Tutelle dative.*

Il existe deux textes d'Ulpien la concernant.

Le premier a été indiqué au paragraphe précédent, à propos de la tutelle testamentaire. Il pose le principe de la gestion moyennant caution en faveur des tuteurs datifs *ex inquisitione* (7). L'autre (8) sera étudié plus loin, à propos de la tutelle légitime. Notons simplement qu'il donne le droit au préteur de décerner la tutelle à un seul des tuteurs datifs, sans spécifier que ce soit moyennant caution, mais que le contexte le fait supposer (9).

Il convient de citer, en outre, une constitution de Dioclétien et Maximien, prévoyant également l'attribution de la gestion moyennant caution à un tuteur *ex inquisitione datus* (10).

Voilà donc prouvée l'opinion de M. Cuq également en

(7) ULPPIEN, *D.*, 26, 2, 19, 1 : ...*sed et si ex inquisitione dati sint tutores, Marcellus ait et ad hos pertinere hoc edictum* (s.-ent. de *satisfactio*). L'Edit de *satisfactio* dont parle le texte, en raison de la place de celui-ci, immédiatement après celui de Callistrate, envisage très certainement, comme ce dernier texte, le droit de gérer seul moyennant caution. Rappelons d'ailleurs qu'Ulpien dans un texte précédent (*D.*, 26, 2, 17) s'exprime en ces termes : l'offre de gérer seul faite par un tuteur moyennant caution doit être agréée ainsi que le prévoit l'Edit : *audiendus est, ut edicto cavetur*.

(8) ULPPIEN, *D.*, 26, 4, 5, 2.

(9) Notamment la phrase : *An ergo et provocare se invicem secundum superiorem clausulam possint* où l'on doit sous-entendre, d'après PETERS (*Z. Generelle und Spezielle Aktionen*, t. XXXII, p. 228), après *provocare se* : *ad satisfaciendum*.

(10) DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN, *C.*, 5, 42, 4 : ...*pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferri iam dudum obtinuit*.

ce qui concerne la tutelle dative, du moins pour les tuteurs nommés sur enquête.

Car si le second texte d'Ulpien est moins précis que le premier et parle simplement des tuteurs nommés par les magistrats, il y a toutefois lieu de penser qu'il ne concerne pas les tuteurs *simpliciter dati*. A supposer, en effet, que ces tuteurs existaient déjà à l'Epoque Classique (11), il semble probable qu'ils étaient assimilés aux tuteurs légitimes à l'exemple de ce qui se passait en matière de gestion commune (12), et que, comme eux, ils étaient exclus de la gestion moyennant caution (13).

Nous verrons d'ailleurs que les Institutes (14) n'admettent le droit pour un tuteur de gérer seul sans caution qu'en matière de tutelle *ex inquisitione data*.

§ 3. — Tutelle légitime.

Ici, au contraire, l'opinion de M. Cuq n'est pas confirmée par les textes.

Sans doute Ulpien (15) pose-t-il le droit de gérer seul à la fois pour les cotuteurs datifs et pour les cotuteurs légitimes et cite, à l'appui de sa thèse, Labéon :

In legitimis et in his, qui a magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit. Et ait Labeo et uni recte tutelam decerni...

Mais, selon Peters (16), les deux mots *in legitimis* sont interpolés. Car, à son point de vue, le fait que des cotuteurs

(11) Voir *supra*, p. 25, n. 3.

(12) JUSTINIEN, C., 3, 59, 5. pr., *supra*, p. 75 et 76.

(13) Voir paragraphe suivant.

(14) *Inst.*, I, 24, 1.

(15) ULPYEN, *loc. cit.*

(16) PETERS, Z, t. XXXII, p. 229.

offrent à leurs collègues la remise d'une caution en vue de se faire attribuer la gestion, n'est concevable que si la satisfaction ne leur est pas imposée. Si, en effet, tous sont tenus de donner caution, à quel titre l'un d'eux pourra-t-il demander la faveur de gérer seul ? Ce ne sera évidemment pas en tant qu'offrant caution, puisque cette caution lui est imposée pour être tuteur.

Par conséquent, ne seront pas qualifiés pour demander à gérer seuls moyennant caution les tuteurs légitimes tenus dans tous les cas de fournir la satisfaction *rem pupilli salvam fore* (17). Au contraire, le pourront les tuteurs datifs sur enquête qui en sont dispensés (17 bis).

A cette argumentation une objection est possible, qu'il est facile d'ailleurs de réfuter. On peut dire que la caution à laquelle est soumis le tuteur légitime est donnée au pupille, alors que pour gérer seul, c'est à ses collègues que le cotuteur doit offrir des garanties. Mais il s'agit en réalité d'une

(17) Cette opinion est d'ailleurs conforme aux textes. ULPPIEN (*L. 3 ad Edict.*), *D.*, 26, 4, 3, pr. et 1, déclare certaine l'obligation de fournir caution à la charge des tuteurs légitimes et admise d'une façon générale cette même obligation à la charge des tuteurs patrons et de leurs descendants. La suite du texte, qui fait une distinction au point de vue de cette obligation, suivant la personnalité du tuteur ou l'importance de la tutelle a été reconnue interpolée par M. BESELER (t. I, p. 93, et t. III, p. 168). De même Justinien (*Inst.*, 1, 24, pr.) indique la dispense de caution pour les tuteurs testamentaires et *ex inquisitione* et semble donc, en s'abstenant de citer les tuteurs légitimes, les considérer comme n'en bénéficiant pas.

(17 bis) GAIUS (I. 200, cité *infra*, p. 94, n. 21) admet cette même dispense au profit des tuteurs nommés par les magistrats supérieurs. Mais nous n'avons pas de texte prévoyant la gestion d'un seul tuteur moyennant caution en matière de tutelle dative déférée par les magistrats supérieurs, alors que nous venons d'étudier un fragment d'Ulpien accordant ce bénéfice aux tuteurs *ex inquisitione dati*. Du reste, nous l'avons dit (voir *supra*, p. 23, n. 3), il y a lieu de penser que la dispense de caution, prévue pour les tuteurs désignés par les magistrats supérieurs par Gaius, s'est appliquée par la suite aux tuteurs *ex inquisitione dati*, quelle que soit l'autorité qui les avait nommés.

seule et même caution. En effet les cotuteurs demandent une caution à celui de leurs collègues qui désire gérer seul, parce qu'ils restent tenus de son fait vis-à-vis du pupille⁽¹⁸⁾. Or leur responsabilité est dégagée dans la mesure où le pupille est garanti. Par suite la caution à remettre au pupille et celle à leur fournir ne font qu'une; exiger ces cautions distinctement ferait double emploi.

Le raisonnement de Peters n'est donc en rien ébranlé par cette objection.

D'ailleurs il est en outre étayé par des textes n'admettant pas la validité de l'*auctoritas* d'un seul tuteur légitime.

C'est Ulpien qui déclare que, s'il y a plusieurs tuteurs, tous, pour toute chose, doivent donner leur *auctoritas*, excepté ceux qui ont été désignés par testament⁽¹⁹⁾.

C'est de même Cicéron, interdisant tout acte rendant la condition du pupille pire, sans l'*auctoritas* de tous ses tuteurs légitimes⁽²⁰⁾.

Mais ces textes paraissent concerner la tutelle indivise entre les tuteurs, sans attribution de la gestion à l'un d'entre eux.

Or on peut admettre parfaitement que, quand les tuteurs légitimes exercent en commun la gestion, l'*auctoritas* d'un seul ne suffit pas pour habiliter le pupille, sans être tenu d'appliquer ce principe au cas de gestion par un seul tuteur moyennant caution, ce qui aurait pour résultat de rendre impossible cette gestion. Les deux situations sont distinctes.

En effet, le texte d'Ulpien repousse, au cas de gestion en commun, la validité de l'*auctoritas* d'un seul tuteur nommé sur enquête, puisqu'il ne fait exception qu'en faveur des

(18) Voir *infra*, p. 231 et s.

(19) ULP IEN, XI, 26, cité *supra*, p. 82.

(20) CICÉRON, *Pro Flacco*, 34, 84 : *Nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate diminui.*

tuteurs testamentaires, et, cependant, nous venons de voir dans deux autres textes, également d'Ulpien, que la gestion peut être confiée moyennant caution à un tuteur nommé sur enquête.

Dans le même esprit, nous avons vu au précédent chapitre, par interprétation d'un texte de Julien qu'un seul des tuteurs testamentaires ne pouvait, lorsque la tutelle était administrée en commun, conclure dans la forme de la *negotiorum gestio* les actes autres que ceux qui s'apparentaient à la tradition ou au paiement. Et cependant nous venons de voir que la gestion pouvait être confiée sous caution à un seul tuteur testamentaire d'une façon générale, sans qu'il y eût à prévoir une limitation quelconque de ses pouvoirs au point de vue de la *negotiorum gestio*.

Dans ces conditions, nous ne retiendrons pas les textes précédents à l'appui de notre thèse concernant l'impossibilité pour les tuteurs légitimes d'obtenir la gestion exclusive moyennant caution.

Cette impossibilité se justifie suffisamment par le raisonnement de Peters du point de vue de l'obligation de fournir la *cautio pupilli*, à laquelle ces tuteurs sont soumis.

D'ailleurs, il est naturel de ne pas les faire bénéficier d'une faveur accordée aux tuteurs testamentaires et aux tuteurs nommés sur enquête. On conçoit aisément qu'un tuteur légitime, parent plus ou moins éloigné, souvent en opposition d'intérêts avec le pupille, bien qu'étant son héritier éventuel, n'offre pas les garanties d'un tuteur testamentaire qui a été choisi par la sollicitude clairvoyante d'un père ou d'un tuteur désigné à la suite d'une enquête et sur la foi de bons renseignements recueillis à son sujet (21).

(21) GAIUS, *loc. cit.* : ...nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore pro-

C'est pour toutes ces raisons qu'à notre avis, d'accord avec Peters, on ne peut admettre, comme le fait M. Cuq, le droit de gérer seul moyennant caution en faveur des tuteurs légitimes, à l'Epoque Classique.

Pour l'époque justinienne, au contraire, ce droit leur est acquis indiscutablement, la preuve en résulte de l'interpolation même du texte d'Ulpien que nous venons d'étudier.

§ 4. — *Intervention du préteur dans la désignation du tuteur gérant.*

Il nous reste, pour terminer, à préciser le rôle du préteur en notre matière. Le préteur intervenait vraisemblablement dans la désignation du cotuteur à qui la gestion était confiée quand plusieurs étaient en concours (22). C'était lui qui les départageait en tenant compte de leurs mérites respectifs. Mais, quand l'offre de gérer seul moyennant caution émanait d'un seul des tuteurs, fallait-il encore recourir au préteur?

Il semble que oui, d'après Ulpien. Celui-ci nous dit en effet que, quand un cotuteur offre de donner caution pour gérer seul, on doit l'écouter, *audiendus est* (23), terme qui laisse supposer une requête présentée en justice.

bata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis honesti electi sunt. Incontestablement, et c'est l'avis de PETERS (*loc. cit.*), *curatores* est mis pour *tutores* et *curatio* pour *tutela*. Sinon la suite des idées ne se concevrait pas, Gaius passant sans motif des tuteurs testamentaires aux curateurs datifs.

(22) En effet, CALLISTRATE (*D.*, 26, 2, 18, précédemment cité) décide que si plusieurs tuteurs offrent caution pour gérer seuls, le plus capable d'entre eux devra être préféré. On conçoit mal que cette discrimination ne soit pas faite par le préteur. Si elle avait été laissée à l'appréciation des tuteurs eux-mêmes, vraisemblablement eût-elle été opérée à la majorité, comme la désignation du tuteur gérant sans caution (ULPIEN, *D.*, 26, 7, 3, 7, étudié *infra*, p. 97 et s.), et Callistrate n'aurait pas manqué de le dire.

(23) ULPIEN, *D.*, 26, 2, 17.

D'autre part nous verrons que, d'après Ulpien, le préteur intervenait en matière de gestion confiée à l'un des tuteurs sans caution, soit pour diriger l'élection de ce tuteur par ses collègues, soit pour le désigner lui-même à leur place (24). Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer cette règle ici, pour identité de motifs.

D'ailleurs Windscheid aboutit à la même solution (25).

Cependant l'intervention du préteur doit s'entendre, à notre avis, comme une consécration officielle de la volonté des tuteurs, ceux-ci restant seuls juges de l'opportunité de l'acceptation ou du refus de l'offre de gestion (25 bis).

.....

Nous concluons sur ce premier aspect de la gestion par un des tuteurs en ces termes :

L'Epoque Classique a autorisé le préteur à confier la gestion à un seul tuteur moyennant caution, en matière de tutelle testamentaire et de tutelle dative sur enquête. Le Bas-Empire a étendu cette faveur aux tuteurs légitimes, et vraisemblablement aux tuteurs *simpliciter dati* (26). Il a de plus supprimé la nécessité de la caution et autorisé l'attribution à un tuteur quelconque, sur sa demande, de la gestion exclusive, dès l'instant qu'il était honorablement connu et apte à bien remplir sa charge.

(24) Voir *infra*, p. 97 et s.

(25) Windscheid, cité p. 70 : « L'attribution de l'administration à un seul tuteur comme la répartition de la gestion ne peuvent avoir d'effet juridique si elles n'émanent pas d'une autorité supérieure à la tutelle. »

(25 bis) TRYPHONINUS, *D.*, 26, 7, 53, 2, *infra*, p. 231 : *qui (s.-ent. tutor) satis a contutore accepit... eique « permisit administrationem totius tutelae... »*.

(26) Par analogie avec la solution donnée en matière de tutelle indivise par JUSTINIEN, *C.*, 3, 59, 3.

SECTION II

Gestion par un des cotuteurs sans caution.

§ 1. — *L'opinion d'Ulpien.*

Le texte le plus important sur cette question est d'Ulpien (27). C'est un long fragment comportant de nombreuses interpolations et qui, de plus, renferme quelques idées étrangères à la gestion sans caution. Pour en rendre l'explication intelligible, il convient de l'examiner paragraphe par paragraphe, en ne retenant que les passages qui sont susceptibles de nous intéresser.

Princ. — *Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad Edictum scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est : nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediuntur, praetor uni eorum curationem decernet ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.*

Ulpien, rappelant une opinion de Pomponius, écrit qu'il convient de ratifier les actes de gestion passés par un seul curateur, et que le préteur peut remettre la gestion à l'un des curateurs d'un fou, dans l'intérêt même des biens de l'incapable. Une idée est à retenir dès à présent. Lorsque le préteur confie à un seul la gestion, c'est dans l'intérêt de l'incapable, en raison des avantages que présente l'unité de direction des affaires de la curatelle. Le point de vue est différent dans l'attribution de la gestion de la tutelle moyennant caution, où c'est le bénéficiaire de cette attribution qui la sollicite, évidemment parce qu'il y trouve un avantage personnel d'indépendance.

(27) ULPIEN (L. 33 ad Edict.), D., 26, 7, 3.

§ 1. — *Si parens vel pater qui in potestate habet destinauerit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putavit, meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit. Tantundem praetor facit et de his, quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit, ut, si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret.*

Le texte prévoit le cas où le père de famille a désigné dans son testament, parmi les tuteurs auxquels il a confié la tutelle, celui d'entre eux qu'il désire voir administrer. Il décide que cette désignation est absolument régulière et que le préteur la respecte. Même solution quand le testament a nécessité la confirmation du magistrat : c'est encore au tuteur désigné par le testateur pour gérer, que le préteur confiera la gestion exclusive.

Ce paragraphe est intéressant à deux points de vue.

D'abord il démontre une fois de plus la faveur du testament à Rome (28).

Ensuite il pose, en matière de tutelle testamentaire, le principe de la gestion par un seul tuteur désigné par le *de cuius* (29) et sans caution.

(28) Voir *supra*, p. 13 et 14.

(29) TAUBENSCHLAG (*Studiën*, p. 20) suspecte d'interpolation le membre de phrase *vel pater qui in potestate habet* pour les trois raisons suivantes :

a) *Qui*, désignant la personne que le père a *in potestate*, devrait être à l'accusatif. Ce premier motif ne nous convainc pas. D'après le contexte, *qui* se rapporte, à notre avis, à *pater*. En outre, en remplaçant *qui* par *quem*, la proposition suivante *quis tutelam gerat* devient à son tour incorrecte.

b) *Pater* est compris dans le terme plus général de *parens* qui précède.

c) Dans la suite du § 1, on retrouve *parens*, mais non plus à côté de lui *pater*, ce qui semble indiquer que ce mot ne figurait nulle part dans le texte d'Ulpien.

Cette interpolation nous semble justifiée d'autant qu'aux deux der-

§ 2. — Ce paragraphe est interpolé. De plus, il ne concerne pas la question qui nous occupe, mais traite des tuteurs honoraires dont nous parlerons plus loin (30).

§ 3. — *Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnumquam ab hoc recedet, ut puta si pater minus penso consilio hoc facit...*

Ulpien reprend l'idée exprimée au § 1 sur la préférence accordée au tuteur testamentaire, et ceci est une preuve de plus de l'interpolation du § 2, que les compilateurs ont glissé entre deux phrases, rompant de ce fait la suite des idées. Mais il précise que cette préférence n'est admise par le préteur qu'à condition que le choix du tuteur ne soit pas erroné (31).

§ 4. — *Nam et si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores : nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, cu-*

nières raisons données par M. Taubenschlag on peut ajouter que l'incidente *vel pater qui in potestate habet* est construite sans complément direct, ce qui est une faute de style fréquente chez les compilateurs. En tout cas, l'interpolation ne change rien au sens général du § 1.

Cf. *Bas.*, 37, 7, 3 (HEIMBACH, t. III, p. 658) : *Καὶ περὶ πατὴρς ὀνομάσαντος τοὺς ὀφείλοντας διοχῆσαι*. Ici, il n'est question que du père.

(30) Voir *infra*, p. 138 et s.

(31) Vient ensuite une longue énumération d'exemples d'erreur du défunt dans son choix du tuteur : minorité de vingt-cinq ans, changement dans la conduite du tuteur, etc. : *forte minor viginti quinque annis, vel eo tempore fecit, quo iste tutor bonae vitae vel frugi videbatur, deinde postea idem coepit male conversari ignorante testatore, vel si contemplatione facultatum eius res ei commissa est, quibus postea exutus est*. Tous ces exemples sont interpolés suivant TAUBENSCHLAG (*loc. cit.*), qui note les impuretés suivantes : *forte*, mot cher aux Byzantins, répétition de *fecit* dans la proposition *eo tempore fecit... consilio hoc fecit*, rapprochement inélégant de *iste tutor... idem*.

ratores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem (32).

Si donc il y a eu erreur dans la désignation du tuteur, le préteur pourra corriger la volonté du défunt. Il pourra notamment adjoindre des curateurs au tuteur désigné seul par testament.

Nous renvoyons, sur cette question, à ce que nous avons précédemment dit (33).

§ 5. — *Quod in tutoribus scriptum est, et in curatoribus erit observandum, quos pater testamento destinavit a praetore confirmandos* (34).

Ce paragraphe se contente d'étendre les idées exprimées dans les paragraphes précédents aux curateurs. Il est sans intérêt et n'a pas été écrit par Ulpien (35).

§ 6. — *Apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administretur quippe etsi pater non destinaverit, quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administretur : sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit.*

Ulpien, faisant application de l'idée du *principium* aux tuteurs, met à la charge du préteur le soin d'assurer dans tous les cas, même lorsque le *paterfamilias* n'a rien décidé à cet égard, la gestion de la tutelle par un seul tuteur.

Ce passage est considéré comme post-classique par M. Beseler (36). Il ne présente d'ailleurs pas grand intérêt. L'idée

(32) Ce paragraphe, comme le précédent, se retrouve aux Basiliques (37, 7, 3. HEIMBACH, t. III, p. 638). Mais les paragraphes suivants n'y sont pas reproduits, excepté une brève allusion au § 7.

(33) Voir *supra*, p. 46 et 47.

(34) La curatelle du fou ou du prodigue ne pouvait s'attribuer par testament sans confirmation du préteur. En ce sens, TRYPHONINUS (*L. 13 disput.*), D., 27, 10, 16, pr..

(35) Interpolation indiquée par SOLAZZI (*Minore Età*, p. 23) qui relève la forme vicieuse de la phrase.

(36) BESELER, t. I, p. 92 et t. III, p. 37 : « Le paragraphe est une récapitulation post-classique... ».

que la gestion unique est en quelque sorte de droit commun et que, si le testateur n' y a pas songé dans son testament, le préteur doit s'en préoccuper à sa place, est affirmée suffisamment par le paragraphe suivant.

§ 7. — *Ne per multos tutela spargatur, si non erit a testatore electus tutor aut gerere nolet, tum is gerat, qui maior pars tutorum tutelam decreverit : praetor igitur iubebit eos convocari aut, si non coibunt aut coacti non decernent, causa cognita ipse statuet, quis tutelam geret.*

Ulpien suppose que, dans son testament, le père n'a pas désigné le tuteur chargé d'administrer seul, ou bien que le tuteur a refusé la mission que le père lui avait confiée. Afin que la tutelle ne soit pas gérée par plusieurs, les tuteurs se mettront d'accord pour désigner à la majorité celui d'entre eux qui sera chargé d'assumer la gestion.

Notons au passage qu'Ulpien, dans cette première partie du texte, prévoit que la désignation du cotuteur gérant a lieu à la majorité : *is gerat qui maior pars tutorum tutelam decreverit*. Cette particularité est curieuse, car la gestion de la tutelle appartenant, quand il y a plusieurs tuteurs, indistinctement à tous, il semblerait que l'unanimité seule des tuteurs pût l'attribuer valablement à l'un d'entre eux. Mais, ici encore, se manifeste l'esprit profondément pratique des Romains. L'accord de tous les cotuteurs serait difficile à réaliser dans bien des cas; et, comme il est de l'intérêt du pupille qu'il se fasse le plus vite possible, il a paru préférable de s'écarter de la rigueur du droit et de se contenter d'une décision prise seulement à la majorité des suffrages.

La suite du § 7 indique que, si les cotuteurs, convoqués par le préteur, ne se sont pas réunis ou s'ils n'ont pu se mettre d'accord, c'est le préteur lui-même qui décidera, après instruction de l'affaire, à qui confier la gestion.

Cette seconde partie est, de l'avis de M. Taubenschlag (37), interpolée. Notons avec lui l'emploi incorrect du mode indicatif dans le style indirect *ipse statuet... quis geret*.

S'ensuit-il qu'Ulpien n'a pas admis les deux idées précédentes, savoir : a) que le préteur intervenait dans l'élection du tuteur gérant; b) que le préteur désignait lui-même ce tuteur gérant, à défaut d'accord entre les cotuteurs?

L'examen du paragraphe suivant nous donnera la solution de la seconde proposition.

Pour ce qui est de la première, nous serions disposé, quant à nous, à admettre que le préteur intervenait dans l'élection du cotuteur par ses collègues, d'ailleurs sans prendre part aux débats, puisque Ulpien nous dit : *is gerat cui maior pars tutorum tutelam decreverit*. Remarquons d'ailleurs que l'intervention du préteur à la désignation du tuteur gérant n'avait pas la même portée qu'en matière de division de la tutelle. Car la division avait pour effet de restreindre le recours du pupille, relativement à chaque sphère d'attributions, au seul tuteur qui en était chargé, lorsqu'elle avait été faite avec l'autorisation du préteur. Ici, au contraire, nous le verrons (38), les cotuteurs restaient tenus de la gestion qu'ils avaient confiée à leur collègue, au même rang que celui-ci.

Cependant cette intervention conférait au tuteur désigné une qualité officielle à l'égard des tiers, qualité qui était indispensable pour permettre à ceux-ci de traiter avec lui en toute sécurité. Si en effet les cotuteurs s'étaient entendus seuls, ils auraient pu répudier le lendemain leur désignation de la veille; par suite, un tiers qui aurait passé un contrat avec le tuteur précédemment investi de la gestion aurait

(37) TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 24.

(38) Voir *infra*, p. 223 et s.

risqué de se voir opposer une décision nouvelle, prise entre temps et ayant nommé un autre gérant, de sorte que l'acte conclu avec le premier, bien que fait de bonne foi, n'aurait eu aucune valeur.

Il en va tout autrement si la désignation a été faite sous la présidence du préteur. Car cette désignation est définitive, hors les cas de *remotio* encourue par le tuteur gérant. De plus, le tiers pourra vérifier auprès du magistrat la qualité du tuteur qui, se prétendant gérant unique, veut traiter avec lui pour le compte du pupille, de manière à passer un contrat valable.

Il y a donc lieu de supposer que la proposition *praetor igitur iubedit eos convocari*, qui ne présente en elle-même aucun caractère suspect, est bien d'Ulpien.

§ 8. — *Plane si non consentiant tutores praetori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere.*

Dans cette phrase sont à éliminer, également d'après M. Taubenschlag, les propositions : *plane si... praetori* (39) et *nec patiuntur... periculi* (40). Admettons ces interpolations, il

(39) TAUBENSCHLAG (*loc. cit.*) déclare boiteuse l'incidente *si non consentiant tutores praetori*. Nous ne partageons pas cette manière de voir. *Consentire* se construit régulièrement avec le datif. A notre avis, ces mots ont été écrits par Ulpien. Mais ils ne peuvent se comprendre que comme se référant à une désignation faite par le préteur, puisque, dans l'élection du gérant par ses collègues, le préteur n'intervenait pas aux débats. Ceci nous conduit à conclure que la fin du § 7, *si non coibunt... tutelam geret*, si même elle est interpolée, ne traduit pas une opinion nouvelle introduite par le compilateur, mais reflète la pensée d'Ulpien, que le compilateur a mal copié le texte original qui lui était soumis, et a écrit *geret* au lieu de *gerat*.

(40) Cette fin de phrase est suspectée à la fois par TAUBENSCHLAG (*loc. cit.*), et DI MEDIO (*B. I. D. R.*, t. XVIII, p. 270). *Succedanei* est un terme étranger à la langue classique, d'autre part *esse* demanderait

nous reste alors l'idée suivante : Si les tuteurs veulent tous gérer, parce qu'ils n'ont pas confiance en celui qui a été choisi (*electus*), on doit décider que le préteur les y autorisera.

Quel est l'*electus* auquel fait allusion Ulpien? Ce n'est évidemment pas le tuteur désigné par la majorité de ses collègues. Car, si l'on suppose que les cotuteurs appartenant à la majorité se défont de celui qu'ils ont fait élire et demandent la gestion commune, on aboutit à un nonsens. D'autre part, à reconnaître aux tuteurs appartenant à la minorité le droit de refuser l'élu de la majorité et de demander une gestion commune, on arriverait à cette conclusion que la désignation d'un tuteur gérant par ses collègues ne serait valable qu'intervenue à l'unanimité, puisque, sinon, elle pourrait toujours être répudiée par la minorité ayant voté contre : conclusion contraire à l'esprit du début du § 7.

Il s'agit donc bien du gérant désigné par le préteur, à défaut d'entente entre les cotuteurs. La forme incorrecte *geret*, employée dans la proposition précédente, n'est peut-être qu'une faute de copie du compilateur.

La fin du § 7 reflète la pensée d'Ulpien et le § 8 peut être rétabli ainsi qu'il suit, même en tenant compte des interpolations admises par M. Taubenschlag :

Si tutores velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo (s.-ent. : *praetoris*) *dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere* (41).

succedaneos, enfin le changement de mode *habeant... patiuntur* ne s'explique pas.

(41) M. Taubenschlag, indépendamment des interpolations précédentes, suspecte encore la fin du § 8, *dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere*. Car, dit-il, on ne peut concevoir que les cotuteurs aient besoin de la permission du préteur pour gérer tous ensemble, puisque cette gestion commune constitue pour eux un droit fonda-

§ 9. — *Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio.*

Les tuteurs peuvent également demander au préteur que la tutelle soit divisée. Rien de particulier à remarquer ici, sinon que cette division demandée au préteur et accordée par lui (*audiendi sunt*) sera opposable à la fois au pupille et aux tiers (42).

Si nous voulons résumer maintenant les idées qui nous intéressent dans ce fragment, nous dirons :

Selon Ulpien, à l'Epoque Classique, en matière de tutelle testamentaire, l'attribution de la gestion à un seul des cotuteurs était admise couramment. Si le testateur n'avait pas désigné lequel d'entre les tuteurs devait être le gérant (désignation que le préteur ratifiait dans tous les cas où elle n'était pas entachée d'erreur) ou si le cotuteur par lui nommé refusait la gestion, les tuteurs éalisaient à la majorité un autre gérant. Et, en dernier lieu, si l'accord n'avait pu se faire entre eux, la gestion était déléguée par le magistrat, à moins que les cotuteurs ne désirassent gérer en commun ou diviser la tutelle. Car si tel était leur désir, le préteur devait obligatoirement leur donner satisfaction. Et le Bas-Empire a maintenu purement et simplement le droit antérieur, puis-

mental. Ce raisonnement est facile à battre en brèche. Ulpien nous l'a dit au début du § 7, il faut éviter la gestion indivise, *ne per multos tutela spargatur*. Par conséquent, le devoir du préteur, quand il y a discussion des cotuteurs sur le choix du gérant unique, est d'opérer ce choix en leurs lieu et place, à moins que les cotuteurs lui expriment leur désir de gérer en commun, désir auquel il devra acquiescer précisément parce qu'il est un droit. Le mot : *permittere*, qui sous-entend une démarche des cotuteurs auprès du préteur, pour l'empêcher de nommer un gérant unique, s'explique donc parfaitement par le *ne per multos tutela spargatur* qui précède et ne contredit en rien le droit fondamental des cotuteurs à la gestion commune que nous sommes d'accord avec M. Taubenschlag pour leur reconnaître,

(42) Voir *supra*, p. 69 et s.

que les interpolations que nous avons relevées ne font qu'affirmer les principes qui précèdent ou les développer.

§ 2. — *Les autres références.*

Le texte d'Ulpien que nous venons d'étudier n'est pas le seul sur la question. D'autres fragments en traitent, notamment un texte de Pomponius, aux termes duquel l'*auctoritas* du tuteur, à qui l'administration n'a pas été dévolue, est sans valeur. Il y est dit également qu'en acquérant un bien du pupille assisté de l'un de ses tuteurs non gérants, un tiers passe un acte nul au même titre que s'il avait traité avec un tuteur écarté de la tutelle (43).

(43) Pomponius (L. 17 *ad. sab.*), D., 26, 8, 4 : *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri : item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus : nec enim id ratum haberi.*

La première proposition, *et si pluribus tutoribus unius auctoritas sufficiat*, se réfère certainement à la tutelle gérée en commun. La suite du fragment envisage, au contraire, le cas où la tutelle est indivise entre les tuteurs, mais où la gestion a été attribuée à l'un d'eux. Pomponius oppose le droit, suivant lequel en matière de tutelle indivise (tutelle testamentaire s'entend, voir *supra*, p. 82), l'*auctoritas* d'un seul tuteur suffit, au droit applicable au cas de tutelle gérée par l'un des tuteurs.

D'ailleurs, la solution qu'elle indique est contredite, ou du moins semble l'être, par un texte d'AFRICAIN (L. 4 *quaest.*), D., 29, 2, 49, ainsi conçu :

Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adquirendo obligari ait.

L'opposition entre le fragment de Pomponius et celui d'Africain n'a pas échappé à Rudorff (*op. cit.*, t. II, p. 302 et 303). Il l'a résolue en disant que le tuteur non gérant, qu'il qualifie à tort de tuteur honoraire (voir *infra*, p. 138 et s.), peut agir pour le compte du pupille, dès l'instant qu'il n'intervient pas dans la gestion de son collègue admis à gérer seul.

C'est pourquoi, ainsi que l'indique Pomponius, il ne pourrait vendre

Ceci implique qu'un seul des tuteurs peut valablement garantir le pupille et les tiers de son *auctoritas*, à savoir celui auquel l'administration a été dévolue. Ce texte vient donc appuyer l'idée de gestion par un seul tuteur sans caution, que nous avons vue longuement développée chez Ulprien.

Citons également un texte de Paul (44), dans lequel l'attribution de la gestion a été faite à deux des cotuteurs. Le jurisconsulte déclare qu'elle aurait pu l'être aussi bien à un seul (45), et que, d'autre part, elle peut émaner du testa-

valablement un bien du pupille, alors qu'il pourrait, ainsi que l'affirme Africain, valablement assister le pupille pour lui permettre de faire adition à une hérédité.

Cette explication ne nous satisfait pas. Nous croyons que Rudorff fait erreur quand il estime qu'en assistant le pupille à une adition d'hérédité, l'un des tuteurs non gérants ne s'immiscie pas dans les attributions de son collègue gérant. L'adition d'hérédité, en effet, en raison de sa répercussion directe sur la consistance du patrimoine, est indiscutablement un acte de gestion.

A notre avis, il faut supposer que, dans l'espèce, où Africain se prononce, il s'agissait d'une hérédité manifestement solvable et ne comportant aucun élément de passif inquiétant. Par suite, l'adition d'hérédité n'était en l'occurrence qu'une simple formalité, n'engageant pas la responsabilité du tuteur. Et c'est pourquoi même exclu de la gestion, un tuteur pouvait habiliter le pupille. Mais il n'aurait pu le faire s'il s'était agi de vendre un bien de l'impubère, parce que cet acte comportait des risques que seul le tuteur gérant était qualifié à assumer.

En ce qui concerne l'adition d'hérédité dont parle Africain, on se trouve dans une situation analogue à la réception du montant d'une créance pupillaire, acte pouvant également être passé par n'importe lequel des tuteurs, mais pour un motif complètement différent, basé sur l'intérêt des tiers (voir *infra*, p. 142 et 143).

(44) PAUL (*L. 9 ad Edict.*), *D.*, 26, 7, 24, 1 : *Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel a parente vel a contutoribus vel a magistratibus, benigne accipiendum est etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.*

(45) Un passage des Institutes que nous examinerons plus loin prévoit que la gestion peut être accordée indifféremment à un ou à plusieurs d'entre les tuteurs : *Inst.*, I, 24, 1 : *...Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet...*

teur, des cotuteurs et du préteur. Ceci confirme ce que nous avons admis précédemment à propos du texte d'Ulpien, à savoir que le préteur peut lui-même désigner le ou les tuteurs gérants à défaut d'une nomination par le testateur dans son testament et par les cotuteurs à la majorité (46).

Paul d'ailleurs, pour expliquer le droit d'accorder à un seul la gestion, déclare : *quia duo simul agere non possunt*. Cette incidente peut se comprendre de deux façons : elle peut signifier ou bien « parce qu'en l'espèce les deux gérants ne peuvent agir de pair », à supposer, par exemple, qu'ils ne se trouvaient pas simultanément au même lieu, ou bien « pour la raison que la gestion simultanée est en elle-même impraticable ». Nous aurions intérêt à préférer la deuxième interprétation, qui corrobore l'idée exprimée par Ulpien, *ne per multos tutela spargatur*. Mais il convient de ne pas donner au texte une signification douteuse. Aussi, nous contenterons-nous d'indiquer les deux traductions possibles, sans prendre parti (47).

(46) Nous disons que la désignation du gérant par le préteur intervient à défaut d'une décision du testateur ou des cotuteurs : le texte de Paul cite successivement le père, les cotuteurs et le préteur, de même qu'un texte d'Ulpien (*D.*, 46, 3, 14. 1), et un passage des *Institutes* (I, 24, 1) examinés plus bas. Aussi nous semble-t-il que l'ordre dans lequel sont énumérées les autorités qualifiées pour l'attribution de la gestion à un tuteur unique, n'est pas l'effet du hasard, mais, tel qu'il est, correspond aux prévisions de la loi.

(47) Le texte de Paul est reproduit aux *Basiliques* dans les termes suivants :

Καὶ ὅτι ὁσάκις δύο ἐπιτραπῶσι διοικεῖν, καὶ ὁ εἰς μόνος καλῶς ἐνᾷρει τῶν δύο ἅμα μὴ δυναμένων (*Bas.*, 37, 7, 23, *HEIMBACH*, t. III, p. 662).

Lorsqu'il est permis à deux tuteurs d'administrer, il est également permis à un seul de le faire, deux ne pouvant le faire ensemble.

Ces termes ne permettent pas non plus de savoir le sens exact de l'incidente du *Digeste* : *quia duo simul agere non possunt*.

Un autre texte d'Ulpien décide que quand un père a désigné lequel des tuteurs testamentaires gèrerait ou quand cette désignation a été faite par les cotuteurs ou le préteur, les tiers se libéreront vis-à-vis du pupille en payant leurs dettes aux mains de l'un quelconque des tuteurs : *recte solvi* (48); par conséquent ce texte, comme les précédents, suppose l'attribution de la gestion à un cotuteur unique par les trois autorités successives : testateur, majorité des cotuteurs, préteur.

Il convient enfin de citer un passage des Institutes de Justinien (49) qui indique les différents modes de désignation du gérant unique dans le même ordre : ...*Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet : quodsi non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est ut maior pars eligere possit, per quem administratio fieret.*

Ainsi Justinien, reproduisant une règle du droit classique (50), indique que c'est en premier lieu au père à dési-

(48) ULPYEN (L. 30 *ad Sab.*), D., 46, 3, 14, 1 : *Sunt quidam tutores... qui ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum..., recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio...* Voir sur la question du pouvoir des tuteurs écartés de la gestion de donner valablement quittance, *infra*, p. 142 et 143, déjà citées.

(49) *Inst.*, I, 24, 1.

(50) Sans doute arrive-t-il que les Institutes renferment des adjonctions postclassiques, rendues nécessaires par l'évolution du droit (Cuj., *op. cit.*, p. 63); mais le passage que nous citons ne semble pas devoir être soupçonné à cet égard. S'il reproduit le droit du Bas-Empire, c'est parce que celui-ci est resté ce qu'il était à l'Epoque Classique.

gner dans son testament le gérant unique, ensuite qu'à défaut de désignation testamentaire, il appartient aux cotuteurs d'élire ce gérant à la majorité et qu'entfin, en cas de désaccord entre eux, le prêteur doit intervenir.

Ce texte est absolument conforme aux précédents et vient comme eux corroborer celui d'Ulpien que nous avons étudié en premier. De plus, contrairement aux autres, tous relatifs à la tutelle testamentaire, il s'applique tant aux tuteurs testamentaires qu'aux tuteurs nommés sur enquête; il le déclare en propres termes. Cette extension ne nous semble pas dater du Bas-Empire, car un fragment d'Ulpien, précédemment étudié (51), prévoit la gestion d'un seul des tuteurs donnés sur enquête moyennant caution et l'on peut, à notre avis, raisonner par analogie d'une forme de gestion exclusive à l'autre.

Mais il semble douteux qu'il ait pu s'appliquer également aux tuteurs légitimes ou *simpliciter dati*.

En effet, il prend soin d'indiquer que la gestion d'un seul tuteur sans caution, admise en faveur de la tutelle testamentaire, est applicable à la tutelle *ex inquisitione data*. Ceci suppose évidemment que les tutelles légitime et *simpliciter data* sont exclues, puisqu'il les passe sous silence.

Rappelons en outre que l'exclusion des tutelles légitime et *simpliciter data*, en ce qui concerne l'attribution de la gestion à un seul tuteur moyennant caution, est certaine à l'Epoque Classique.

.....

En conclusion, le droit classique a admis, en matière de tutelle testamentaire, comme en matière de tutelle confiée sur enquête, que la tutelle fût confiée à un seul tuteur sans

(51) ULPIN, *D.*, 26, 2, 49, 4, cité *supra*, p. 86, n. 7.

caution : cette attribution étant faite par la volonté du testateur ou, à défaut, par accord des cotuteurs entre eux ou, en dernier lieu, par décision du prêteur. Mais indiscutablement, de même que la gestion d'un seul moyennant caution, la gestion d'un seul sans caution a été interdite en matière de tutelle légitime comme en matière de tutelle *simpliciter data*. Et ce n'est qu'au Bas-Empire que ces deux formes de tutelle ont pu être assimilées aux tutelles testamentaire et dative sur enquête (32).

SECTION III

Concours entre tutelle gérée moyennant caution et tutelle attribuée sans caution.

Si la majorité des tuteurs a désigné lequel d'entre eux gérerait, cette désignation rend tardive et irrecevable l'offre d'un cotuteur de donner caution pour gérer seul. Il y a, en quelque sorte, chose jugée sur la question de savoir qui sera investi de la confiance de ses collègues. Telle est l'opinion d'Ulpien (33). Et nous pouvons l'appliquer également au cas

(32) Mais l'interprétation du passage des Institutes laisse supposer que cette assimilation n'a jamais eu lieu, puisque les Institutes, conformes au droit du Bas-Empire, l'excluent par leur silence.

(33) ULPEN (*L. 33 ad Edict.*), *D.*, 26, 2, 49, 1 : *Hoc edictum de satisfactione ad tutores testamentarios pertinet : sed et si ex inquisitione dati sint tutores, Marcellus ait et ad hos pertinere hoc edictum et id oratione etiam divorum fratrum significari. Ideoque et illi clausulae sunt subiecti, ut, si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat, quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant.*

Ce texte manque de clarté. Cependant l'*edictum de satisfactione* auquel il fait allusion prévoit certainement la gestion d'un seul tuteur moyennant caution (voir *supra*, p. 86, n. 7). Par suite, la dernière phrase : *ideoque... pertineant*, qui est celle qui nous intéresse, peut se comprendre de la façon suivante : gérera celui qui a été désigné par la majeure partie des tuteurs, sans tenir compte de l'offre faite « ensuite »

où c'est le prêteur qui, à défaut d'accord entre les cotuteurs et à leur place, a fait cette désignation.

Si enfin la désignation du gérant unique avait été faite par le testateur, il semble qu'une offre de caution d'un autre cotuteur serait au même titre irrecevable. Cependant le passage des Institutes de Justinien que nous venons d'étudier peut paraître exprimer une idée contraire. Le texte, rappelons-le, est conçu en ces termes :

Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat...

D'après la construction de la phrase et par argumentation *a contrario*, on pourrait croire que la désignation du testateur ne sera valable qu'à défaut d'une offre de gestion émanée d'un cotuteur. Il s'ensuivrait une solution opposée selon que la désignation émanerait du testateur ou de la majorité des tuteurs. Mais la volonté du *de cujus* est une et indivisible et l'on sait qu'on doit s'efforcer de la faire triompher. Si donc le père a pris soin de choisir les tuteurs de son enfant et de désigner celui d'entre eux qui gèrera la tutelle, de même que seront tuteurs à l'exclusion de tous autres ceux qu'il aura choisis, de même sera seul qualifié pour assumer la gestion, celui d'entre eux qu'il aura désigné comme gérant, nonobstant toute offre d'un de ses collègues.

Aussi, à notre avis, ne faut-il pas prendre l'opinion de Justinien au pied de la lettre : l'empereur, laissant de côté le cas où un tuteur offre de gérer seul moyennant caution,

par l'un d'eux de gérer seul moyennant caution, en se prévalant de l'Edit. Il ne peut s'agir d'attribuer la gestion au cotuteur désigné par la majorité de ses collègues, si l'offre de l'un d'eux de gérer seul en fournissant des garanties a été précédemment acceptée par les cotuteurs, car ce serait permettre aux cotuteurs de modifier, par leur simple volonté, les conditions de gestion de la tutelle, solution que n'admet aucun texte.

dit qu'en présence d'une désignation du testateur, c'est cette désignation qui doit être respectée. Mais le raisonnement *a contrario* n'est pas admissible et l'on ne peut faire dire au texte que, s'il y avait offre par un tuteur de gérer seul moyennant caution, la désignation du tuteur par le testateur ne serait pas valable.

Ainsi donc, dès l'instant que le tuteur gérant a été désigné soit par testament, soit par vote de ses collègues, soit par décision du prêteur, aucune offre de gérer, quelles que soient les garanties qui l'accompagnent, n'est recevable.

Néanmoins, lorsqu'un des cotuteurs, sachant qu'il va être procédé soit par ses collègues, soit par le prêteur à la désignation d'un gérant unique, demandera que la charge de la gestion lui soit confiée, si les garanties qu'il offre sont jugées suffisantes, il est probable qu'il sera agréé. En effet, on conçoit difficilement que, de parti pris, ses collègues demandent au prêteur le rejet de son offre, puisqu'ils ont la perspective, en l'acceptant, d'être déchargés de toute responsabilité du fait de la tutelle, grâce aux garanties qui leur sont présentées, alors qu'en désignant eux-mêmes le gérant ou en le laissant désigner par le prêteur, ils restent tenus à ses côtés (34). Et, dans ce cas, la gestion moyennant caution aura le pas sur la gestion sans caution.

(34) Voir *infra*, p. 223 et s.

TITRE IV

ATTRIBUTIONS PARTICULIÈRES AUX COTUTEURS

Les règles de la tutelle sont les mêmes, qu'il y ait plusieurs tuteurs ou un seul. Qu'un tuteur soit seul ou avec d'autres, il reste tuteur et soumis de ce fait aux principes généraux de la tutelle au point de vue nomination, gestion et cessation de ses fonctions. En ce qui concerne la gestion, nous avons vu que sans doute la pluralité des tuteurs posait des problèmes nouveaux, mais qu'au point de vue des procédés de gestion eux-mêmes les tuteurs ne disposent évidemment que des deux procédés de la tutelle unique : *auctoritas* et *negotiorum gestio*.

Cependant, la présence de plusieurs tuteurs fait naître quelques attributions particulières qu'un tuteur unique ne peut ou n'a aucune raison d'assumer. Ainsi, alors qu'un pupille n'ayant qu'un seul tuteur est dans l'impossibilité de contracter avec celui-ci, il lui est permis de le faire quand il en a plusieurs, dont l'un aura pour fonction de l'assister à l'acte passé avec l'autre. De même, alors qu'un tuteur malhonnête peut assez facilement, se trouvant seul chargé de la tutelle, commettre des détournements ou conclure des contrats dolosifs, si des collègues lui sont donnés, il se trouve soumis à leur contrôle et exposé à une dénonciation de leur

part aux magistrats. Enfin la présence de plusieurs tuteurs permet de donner à certains d'entre eux des attributions spéciales, ce qui est évidemment impossible quand il n'y a qu'un seul et unique tuteur pour faire face à toutes les charges de la tutelle.

Nous étudierons successivement ces fonctions particulières, consécutives de la pluralité des tuteurs, et nous nous demanderons en dernier lieu si l'on peut y ajouter le droit, pour un cotuteur, d'intenter, au nom du pupille, l'*actio tutelae* contre un de ses collègues.

Donc quatre points à examiner :

- 1° Le contrat tuteur-pupille;
 - 2° Le *suspectum facere*;
 - 3° Les tuteurs spéciaux;
 - 4° L'*actio tutelae* et les cotuteurs.
-

CHAPITRE PREMIER

CONTRAT TUTEUR-PUPILLE

Quand un pupille n'a qu'un seul tuteur, celui-ci ne peut évidemment être sa contre-partie et en même temps l'assister dans la conclusion d'un contrat. Il ne peut, en effet, défendre ses droits de vendeur, par exemple, sans sacrifier plus ou moins ceux du pupille, son acheteur. C'est ce que nous exprimons en disant qu'un tuteur ne peut autoriser son pupille dans un contrat où il est en opposition d'intérêts avec lui. Les Romains avaient l'esprit trop juridique pour ne pas admettre cette solution. Aussi la trouvons-nous exprimée par Ulpien à deux reprises différentes d'une façon indiscutable.

Pupillus obligari tutori eo auctore non potest.

Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest (1).

Cette impossibilité pour le tuteur de contracter avec son pupille disparaît du moment qu'il a un collègue, dont l'in-

(1) ULPIN, *D.*, 26, 8, 3, pr. et 2. Néanmoins, pour les litiges qu'il a avec le pupille, le tuteur ne perd pas sa qualité de tuteur. Un texte le déclare en propres termes. ULPIN (*L. de excusat.*), *Fr. Vat.*, 139 : *De litibus, quas tutor cum pupillo habet, an propterea excusatur? Et dicit propterea non excusandum et extant rescripta.*

Et l'on ne doit pas hésiter par analogie à admettre cette solution s'il s'agit de contrats.

tervention est suffisante pour habiliter le pupille (2). C'est en effet ce collègue qui prendra les intérêts du mineur en mains et, quant au tuteur contractant, il agira comme un tiers quelconque.

Différents textes expriment cette idée.

D'abord un texte de Pomponius autorise les tuteurs auxquels la gestion n'a pas été dévolue à faire une acquisition du pupille au titre de tiers (3).

Mais, par argument *a contrario*, en résulte-t-il que le tuteur gérant ne peut contracter avec le pupille? Sans aucun doute. Parce que le fait qu'il y ait un tuteur gérant implique que les autres n'ont aucun droit à la gestion et par conséquent que leur *auctoritas* n'est pas valable. Il n'y a qu'un tuteur, *cuius auctoritas sufficit* (4), c'est précisément celui qui traite avec le mineur et qui, de ce fait, ne peut l'assister. Si nous imaginons, au contraire, deux tuteurs gérants, chacun ayant pouvoir d'assister seul le pupille valablement, la solution sera inverse : chacun d'eux aura la possibilité de traiter avec le pupille, celui-ci étant valablement assisté par l'autre.

Deux textes d'Ulpien donnent la même solution que Pomponius.

(2) Une constitution de Dioclétien et Maximien va même plus loin. Pour parer à l'impossibilité du tuteur unique d'assister le pupille et de conclure en même temps avec lui un contrat, elle décide que la femme dudit tuteur passera le contrat au nom de son mari avec le pupille habilité par celui-ci. *C.*, 4, 38, 3 : *Cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli quae distrahi possunt comparare palam et bona fide prohibetur, multo magis uxor eius hoc facere potest.*

(3) POMONIUS (*L. 17 ad Sab.*), *D.*, 26, 8, 6 : *Tutores, quibus administratio decreta non esset, tanquam extraneos recte a pupillo emere placet.*

(4) C'est l'expression même dont se sert un texte d'Ulpien, *D.*, 26, 8, 5, 2, que nous allons étudier.

Un tuteur peut faire un prêt à son pupille, quand un autre tuteur assiste ce dernier et que l'*auctoritas* d'un seul des tuteurs suffit pour l'habiliter (5).

De même, un tuteur peut acheter un bien du pupille si ce dernier est assisté d'un tuteur ayant pouvoir d'intervenir valablement seul (6).

Remarquons au passage que les deux conditions exprimées par Ulpien, *quorum unius auctoritas sufficit, cuius auctoritas sufficit*, sont suspectées d'interpolation par M. Gradenwitz (7). A notre avis, elles sont au contraire parfaitement justifiées et, si elles n'étaient pas dans le texte, il faudrait les y sous-entendre. Car il est évident qu'à l'Epoque Classique, dans le cas d'une tutelle légitime où tous les tuteurs doivent assister le pupille, aucun d'eux ne pourrait contracter avec celui-ci. La situation est la même que s'il y a tutelle unique, toutes les fois qu'au point de vue de la validité des actes du mineur, l'*auctoritas* de tous est nécessaire.

Nous avons encore d'Ulpien un autre texte sur la question. Mais, cette fois, il décide que le contrat passé par un tuteur avec son pupille assisté de l'autre tuteur est nul.

C'est qu'en effet nous avons affaire à un cas particulier qui, en raison de la situation des parties, indépendamment de tout autre motif, s'oppose à la validité de ce contrat.

Il s'agit d'un père et d'un fils en sa puissance, qui exercent tous deux la même tutelle. Si le père a stipulé de son pupille avec l'assistance de son fils agissant comme tuteur,

(5) ULPEN (L. 40 ad Sab.), D., 26, 8, 5, pr. : ... *Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo...*

(6) ULPEN (L., 40 ad Sab.), D., 26, 8, 5, 2 : ... *sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest...*

(7) GRADENWITZ, *Festschrift für Schirmer*, p. 172.

la stipulation n'a aucune valeur (8). Car, quel est l'effet de l'*auctoritas* d'un tuteur? Elle constitue une habilitation du pupille qui, sans elle, ne pourrait s'engager. Par suite, au point de vue du tiers, elle a l'effet d'une garantie de validité de la stipulation.

Or la subordination du fils à l'égard du père s'oppose à ce qu'un *paterfamilias* subisse la garantie de son fils. C'est pourquoi, à notre avis, Ulpien lui a refusé le droit de traiter avec son pupille, assisté de son fils. D'ailleurs, admettre la solution inverse, c'était aboutir à une invraisemblance. En effet, les tiers ont comme recours vis-à-vis d'un fils de famille l'action de *peculio* dirigée contre la personne de son père, si bien que, dans notre espèce, le père agissant comme tiers avec le pupille assisté de son tuteur, disposerait, pour le cas où le tuteur, c'est-à-dire son propre fils, lui aurait causé un préjudice, de l'action de *peculio* contre lui-même.

Si, à l'inverse de l'espèce envisagée, c'était le fils qui passait un contrat avec le pupille assisté du père, il semble que le contrat serait parfaitement valable. Car le fait que le père soit garant à l'égard de son fils ne soulève aucune difficulté.

Citons enfin une constitution d'Antonin le Pieux. Elle déclare que, pour toute réclamation à faire valoir par un cotuteur contre des pupilles, ce seront les autres cotuteurs qui assisteront ces derniers et que, si le tuteur est seul, il y aura lieu de leur nommer un curateur (9). Sans doute le texte ne

(8) ULP IEN (*L. 40 ad Sab.*), *D.*, 26, 8, 7, 2 : *Si et pater et filius qui in potestate eius fuit tutores fuerunt et pater sit stipulatus filio auctore, nullius momenti erit stipulatio idcirco, quia in rem patris auctor esse filius non potest.*

(9) ANTONIN LE PIEUX, *C.*, 5, 44, 1 : *Si quas petitiones adversus pupillos tuos habes, dirigere eas potes, adsisistentibus causamque defendentibus contutoribus tuis, cum et, si alios tutores non haberent, ad hoc genus litis defendendae curatores accipere deberent.*

se rapporte pas à un contrat à passer avec le pupille, mais à une instance à introduire contre lui. Il semble cependant que les deux cas soient assez voisins pour nous permettre de supposer que, s'il s'était agi d'un contrat au lieu d'une action en justice, Antonin le Pieux aurait admis la même solution.

.....

En définitive, nous concluons en disant que, s'il existe plusieurs tuteurs, gérant en commun, dont chacun puisse autoriser seul valablement le pupille, tous auront le droit de contracter avec ce dernier. Si, au contraire, la gestion a été confiée à un tuteur unique, seuls auront ce droit les tuteurs écartés de la gestion.

Et cette solution vaudra tant pour l'Epoque Classique que pour le Bas-Empire, pour lequel aucun texte n'indique et aucun motif n'incite à admettre un changement de droit

CHAPITRE II

SUSPECTUM FACERE

Nous savons que « le tuteur suspect en raison de son dol, de ses fautes lourdes, de sa mauvaise administration, peut être déchu de ses fonctions avant la fin de la tutelle », et que le droit de provoquer sa destitution peut être exercé par tout citoyen. La *postulatio suspecti tutoris* (ou *suspectum facere*) est, en droit classique, « une action quasi publique; elle appartient plus spécialement aux parents, cognats ou alliés, au cotuteur, etc. » (1).

Nous allons étudier successivement le droit pour le cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect, l'obligation qui lui incombe à cet égard et sa responsabilité. Enfin nous indiquerons l'évolution du *suspectum facere* de l'Epoque Classique au Bas-Empire.

§ 1. — *Droit du cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect.*

Il y a deux textes sur la question, l'un et l'autre d'Ulpien.

Dans le premier est rapportée une décision impériale donnant au tuteur, soit libéré de la tutelle, soit en fonctions, soit même, depuis Antonin le Pieux, écarté comme suspect, le droit de faire déclarer un collègue suspect, à la con-

(1) CUQ, *op. cit.*, t. II, p. 161. Voir ULPYEN (*L. 33 ad Edict.*), D., 26, 10, 1, 6 et 7 et 3, pr.

dition, que le bon sens impose, que celui-ci soit encore à la tutelle. Il est bien évident que la *postulatio suspecti tutoris*, qui a pour but l'exclusion d'un tuteur, ne peut avoir lieu que quand ce tuteur est encore en charge (2).

Le second texte (3) est plus fertile en enseignements. Il décide qu'un curateur ne peut être contraint de rendre des comptes à son collègue; mais que, sauf le cas où il a partagé avec lui la gestion, il peut être poursuivi comme suspect par ce collègue (4), s'il n'a pas géré loyalement la curatelle :

Actus sui rationem concuratori reddere non esse compellendum : sed nisi cum eo administrationem communicet aut si non ex fide curam gerat, suspectum postulari posse.

Remarquons en premier lieu que le texte se rapporte au cocrateur et à la curatelle, *concuratori* et *curam*. Mais, d'après M. Solazzi (5), il y a interpolation et l'on doit lire *contutori* et *tutelam*. Cette interpolation semble probable. D'ailleurs, lors même qu'elle n'existerait pas, on pourrait, par analogie, appliquer l'opinion d'Ulpien à la cotutelle (6).

(2) ULPEN (*L. 35 ad Edict.*), *D.*, 26, 10, 3, pr. : *Tutor quoque contutorem potest suspectum facere, sive duret adhuc tutor, sive iam desierit ipse, contutor autem maneat tutor : et ita divus Severus rescripsit. Plus divus Pius Caccilio Paetino rescripsit posse tutorem suspectum remotum contutores suspectos facere.*

(3) ULPEN (*L. I respons.*), *D.*, 26, 7, 19.

(4) Il n'est pas dit en propres termes que c'est par son collègue que le cocrateur peut être poursuivi, mais le début de la phrase le laisse entendre.

(5) SOLAZZI, *Minore Età*, p. 160.

(6) M. Laprat (*Crimen suspecti tutoris*, p. 197), n'admet pas l'interpolation de *concuratori* et *curam*, soulevée par M. Solazzi. Mais, comme nous le disons, lors même qu'Ulpien aurait bien effectivement envisagé le cas d'une curatelle, il ne semble pas abusif d'étendre sa solution à la tutelle par voie d'analogie. Nous n'apercevons en effet aucune raison justifiant une différence entre tutelle et curatelle du point de vue qui nous occupe.

Nous l'avons dit, ce fragment prévoit la possibilité pour un curateur (ou tuteur) de dénoncer comme suspect son cocurateur (ou cotuteur) administrant sans loyauté, mais il ajoute que, si le cotuteur indélicat a partagé la gestion avec lui, il ne pourra être poursuivi.

Sans doute faut-il voir là une allusion au cas où le cotuteur ne peut dénoncer son collègue sans se dénoncer lui-même, parce qu'ayant participé à l'acte qui est reproché. Ainsi, dans une cotutelle légitime gérée en commun et nécessitant, à l'Epoque Classique, l'intervention simultanée de tous les tuteurs, chacun d'eux n'aura pas à redouter la dénonciation de ses collègues, puisque ceux-ci, en le dénonçant, se dénonceraient eux-mêmes. Au contraire, dans une tutelle où l'un seulement des cotuteurs est chargé de la gestion, tous ses collègues pourront, sans crainte pour eux-mêmes, le poursuivre devant le prêteur.

Mais une éventualité en quelque sorte intermédiaire entre les cas de gestion commune et ceux de gestion unique, est à considérer : Quelle solution donnera-t-on lorsque, la tutelle étant indivise, chaque tuteur peut agir seul (7) ?

Sans doute les cotuteurs, n'ayant pas participé à l'acte incriminé, ne peuvent en être tenus au même titre que celui qui en est l'auteur. N'ont-ils pas néanmoins engagé leur responsabilité en ne s'y opposant pas, à supposer naturellement que cet acte n'ait pas été passé à leur insu ?

Nous verrons qu'en raison de leur non-opposition à un acte dangereux pour le pupille, les cotuteurs ont commis une faute qui engage leur responsabilité. Car s'il est permis à

(7) Rappelons que le tuteur peut seul, d'une façon générale, assister le pupille, à condition, à l'Epoque Classique, qu'il soit testamentaire, et dans tous les cas sous Justinien. Mais ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut agir au nom du pupille (Voir *supra*, p. 74 et s.).

un tuteur d'agir seul, ceci n'empêche pas que ses collègues doivent s'opposer à tout acte de sa part susceptible de préjudicier aux intérêts du pupille (8). Admettre le contraire serait aller contre la notion de tutelle indivise.

Par conséquent, l'auteur d'un acte frauduleux n'aura pas à redouter la dénonciation de l'un de ses collègues, puisque ceux-ci, bien qu'ils ne soient pas intervenus à l'acte en question, risquent, en faisant la lumière sur sa tractation malhonnête, d'engager leur propre responsabilité (9).

Ces conclusions que nous avons dégagées du fragment d'Ulpien sont suffisamment logiques pour se passer de l'appui d'aucun texte. Et l'on peut dire qu'en ce qui les concerne, l'interpolation du passage où nous les trouvons exprimées importe peu. Or cette interpolation, bien qu'aucun auteur ne l'ait soulevée, du moins pour l'ensemble, nous apparaît comme très probable. Remarquons, en effet, l'emploi de *communicet* et de *ferat* sans sujet, l'inutilité du mot *aut*, l'emploi inattendu des infinitifs : *compellendum esse*, *postulari posse*.

S'il est vrai que ce fragment d'Ulpien soit interpolé, du moins nous reste-t-il le précédent texte pour nous permettre de conclure que le cotuteur a le droit de poursuivre son collègue comme suspect (10).

(8) Voir *infra*, p. 207 et 208.

(9) Il y a cependant une difficulté. Nous verrons en effet que la responsabilité du *suspectum facere* a remplacé au Bas-Empire celle de la *cessatio suo periculo*, c'est-à-dire de l'abstention injustifiée vis-à-vis de la gestion. Par suite, notre raisonnement ne vaut qu'à l'Époque Classique. Sous Justinien, un cotuteur n'aura pas lieu d'hésiter à dénoncer un collègue, bien qu'il se soit désintéressé de la gestion, puisque son abstention n'engage plus sa responsabilité et qu'au contraire l'engagerait le défaut de dénonciation.

(10) LAPRAT, *op. cit.*, p. 261, pose le même principe en s'appuyant sur ce même texte.

D'ailleurs, cette solution se déduit du caractère « quasi public » de la *postulatio suspecti tutoris*. Puisque tout le monde est autorisé à dénoncer au préteur la malhonnêteté ou l'impéritie dangereuse d'un tuteur, le sont *a priori* ceux qui sont placés mieux que tous autres pour connaître les agissements du tuteur en question. Et, parmi ceux-ci, le cotuteur a la première place.

§ 2. — *Obligation du cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect.*

Le tuteur, qui a pour mission générale de protéger l'impubère confié à sa garde et de prendre soin de ses biens, commet-il une faute personnelle, engageant sa responsabilité à l'égard du pupille, lorsqu'il ne dénonce pas au préteur le collègue qui met en péril le patrimoine dudit pupille?

Sans aucun doute le *suspectum facere* constitue pour lui une obligation morale. Mais quant à dire que ce soit également une obligation civile, il semble que l'on ne le puisse pas, du moins pour l'Epoque Classique.

Pourtant un fragment de Marcien (11) porterait à croire le contraire :

Facilius autem exulis ignorantia, qui contutorem suspectum facere non potuerit, veniam habebit. On peut en déduire, semble-t-il, qu'à moins d'excuse justifiée, le cotuteur est tenu pour coupable du défaut de dénonciation au préteur de son collègue suspect; en d'autres termes que cette dénonciation est une obligation à sa charge, engageant sa responsabilité.

Malheureusement, ce fragment est le seul sur la question qui ne soit pas interpolé.

(11) MARCIEN (*L. 2 inst.*), *D.*, 27, 1, 29, 1. Voir *infra*, p. 134, l'interprétation de ce texte.

Ainsi, un texte de Paul, dans lequel il est dit que l'on imputera le défaut de dénonciation à un cotuteur ayant eu possibilité de le faire, mais qu'en revanche il n'encourra aucune responsabilité si la ruine de son collègue s'est produite subitement (12), est suspecté d'interpolation par M. Lévy (13).

Ce texte est ainsi conçu :

Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere : interdum et si debuit satis petere : nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.

M. Lévy le suspecte, d'une part, parce qu'il y relève des symptômes certains d'interpolation tels que l'emploi d'*idoneus* sans substantif, de *lapsus est* seul, alors que d'ordinaire il est accompagné de *facultatibus*, l'illogisme de *interdum*; d'autre part (14), parce qu'à son avis, tous les textes qui, comme celui-ci, astreignent les tuteurs à la fois à réclamer des garanties à leurs collègues et en outre à les dénoncer comme suspects, sont interpolés (15). Si bien que.

(12) PAUL (*L. 8 brevium*), *D.*, 26, 7, 14.

(13) LÉVY, *Haftung Mehrerer Tutoren*, *Z.*, t. XXXVII, p. 50 et 51. BESELER (*op. cit.*, t. III, p. 123), suspecte de son côté *imputatur* (Voir sur la classicité de cette expression : HAYMANN, *Z.*, t. XL, p. 273; SOLAZZI, *B. I. D. R.*, p. 170, n. 1; LÉVY, *op. cit.*, p. 34 et 43).

(14) LÉVY, *op. cit.*, p. 37, n. 7.

(15) M. LÉVY cite, entre autres, deux textes d'Ulpien : *D.*, 26, 7, 9, 8 et *D.*, 27, 8, 2. Nous avons examiné le premier (*supra*, p. 40 et s.) et démontré, d'après des arguments de style, l'interpolation de la deuxième phrase, où s'exprime l'idée précédente de *suspectum facere et satis petere*. Le second texte (étudié *infra*, p. 240) s'avère également interpolé pour des raisons de forme. La dernière phrase qui nous intéresse est ainsi conçue : *...senatus enim consultum pupillo subvenit : prasertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit vel suspectum facere non fecit, si scit, ut proponetur, magistratibus eum non cavisset*. M. Lévy fait remarquer avec juste raison l'em-

selon lui, on ne devrait conserver du texte de Paul que les mots *etiam contutoris factum imputatur collegae*, se rapportant, dans l'esprit du jurisconsulte, à une responsabilité de chacun des tuteurs du fait de ses collègues, résultant du *periculum commune* (16).

L'opinion de M. Lévy nous semble fondée, et, comme lui, nous pensons que le texte de Paul est interpolé.

D'autant qu'aux termes d'un fragment de Modestin le tuteur datif ou testamentaire ne peut pas réclamer de garanties à son collègue : il ne peut que lui en proposer en lui demandant de les accepter ou d'en offrir d'autres, vraisemblablement pour gérer seul (17).

Si donc c'est à l'une de ces deux formes de tutelle que se

ploi de *quod* avec l'indicatif dans la proposition de style indirect *imputetur quod, non exegit*, le caractère douteux du mot *imputetur*, enfin l'allure générale de la phrase, qui rappelle Tribonien (cf. le texte de Tryphoninus, *D.*, 27, 2, 6, cité *supra*, p. 57, n. 20, que M. Beseler suppose également remanié par Tribonien).

(16) Voir *infra*, *D.*, 26, 7, 39, 16, et l'étude de ce principe, p. 206 et s.

(17) MODESTIN (*L. 6 regular.*), *D.*, 46, 6, 7 : *Dativus vel testamentarius tutor sive curator non petit satis a collega suo, sed offerre ei poterit, utrum satis accipere velit an dare.*

L'offre de caution à laquelle fait allusion Modestin ne peut se comprendre que comme prix d'un droit de gestion exclusive. Car on imagine mal un tuteur offrant des garanties ou en exigeant de ses collègues sans intérêt.

Du reste, à notre avis, et le terme *offerre* le montre, le cotuteur ne pouvait mettre en demeure son collègue d'accepter ses offres ou d'en faire lui-même. Le collègue avait, semble-t-il, le droit de demander que la gestion restât indivise (Cf. *supra*, p. 92).

Par ailleurs, ce texte parle en même temps que des tuteurs datifs et testamentaires, des curateurs. Mais M. Taubenschlag (*op. cit.*, p. 16, n. 59), admet avec raison l'interpolation de *sive curator*, parce que ces deux mots impliquent une assimilation de la curatelle à la tutelle qui, nous l'avons déjà dit, n'a été réalisée qu'au Bas-Empire.

Il ne faut pas, enfin, s'étonner que Modestin ne parle pas des tuteurs légitimes. Ceux-ci étant astreints à fournir caution pour être simplement autorisés à assumer les fonctions de tuteur, il ne pou-

réfère Paul dans le texte précédent, nous avons une raison de plus pour présumer l'interpolation.

Est également interpolé un dernier texte d'Ulpien, prévoyant qu'un tuteur ne peut s'excuser d'avoir négligé de faire déclarer son collègue suspect, en alléguant que celui-ci avait donné caution (18) :

Suspectus fieri is quoque, qui satis dederit vel nunc offerat, potest : expedit enim pupillo rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere : nec ferendus est contutor, qui ideo collegam suum suspectum non fecit, quoniam cautum erat pupillo.

L'interpolation est admise tant par M. Beseler (19) que par M. Lévy (20).

Selon M. Beseler, la dernière phrase du texte, qui est celle qui nous intéresse, ferait double emploi avec la première. Il est vrai qu'on peut objecter qu'il y a une nuance entre dire qu'un tuteur « peut » être dénoncé comme suspect et dire qu'il « doit » l'être par son collègue. Cependant il semble bien improbable que le texte original ait comporté l'énonciation de ces deux idées, en deux propositions distinctes, séparées l'une de l'autre par une idée tout à fait étrangère, concernant l'intérêt qu'a le pupille à avoir son

vait s'agir de les mettre dans l'alternative d'offrir cette caution ou d'accepter celle présentée par un collègue (voir *supra*, p. 88).

Et le raisonnement, que nous venons de faire à propos du tuteur légitime, nous pouvons l'appliquer, mot pour mot, au tuteur *simpli-citer datus*, dont la situation est la même vraisemblablement et qui, comme lui, ne peut demander à gérer seul moyennant caution (voir *supra*, p. 87). Si bien qu'il y a lieu de penser que, dans l'esprit de Modestin, le tuteur datif auquel il se réfère est le tuteur nommé après enquête.

(18) ULPYEN (*L. 3 disput.*), *D.*, 26, 10, 5.

(19) BESELER, *op. cit.*, t. III, p. 81.

(20) LÉVY, *op. cit.*, p. 39.

patrimoine sauvegardé plutôt que l'assurance écrite qu'il le sera. Sans aucun doute, Ulpien, s'il avait voulu exprimer l'obligation du cotuteur de dénoncer son collègue au préteur, l'aurait fait dès la première phrase (21).

Selon M. Lévy, il conviendrait de supposer que le texte original s'arrêtait à la première phrase, c'est-à-dire ne comportait pas la phrase relative à l'obligation du *suspectum facere*, et qu'il se rattachait au texte suivant du Digeste (22), attribué à Callistrate et ainsi conçu : *Quia satisfactio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat*.

Dans ce sens, il y a lieu d'indiquer que les Institutes de Justinien au titre *De suspectis tutoribus et curatoribus*, expriment en une autre forme l'idée de la première phrase du texte d'Ulpien, et à la suite, mot pour mot, le texte de Callistrate, sans faire la moindre allusion à l'obligation du cotuteur relativement au *suspectum facere*.

En conclusion nous pouvons nous résumer sur la question de l'obligation du cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect, en disant qu'un seul texte pour l'Epoque Classique et deux textes pour le Bas-Empire prouvent l'existence de cette obligation.

(21) La reproduction du texte aux Basiliques est encore plus significative à ce point de vue. Il y est dit successivement que le tuteur « peut » poursuivre son collègue comme suspect, bien que celui-ci ait fourni des garanties et ensuite qu'il le « doit ». Evidemment si l'idée d'obligation avait déjà été exprimée par Ulpien, elle n'aurait pas comporté avant elle l'idée de « possibilité », qu'elle sous-entend. Aux Basiliques, mieux encore qu'au Digeste, on sent le remaniement des compilateurs :

Bas., 37, 41, 5 (HEIMBACH, t. III, p. 674) : Καὶ ὅτι δύναται ὡς ὕποπτος, πρὶν τοῦ συνεπιτρόπου κατηγορεῖσθαι, καὶ τὴν ἱκανοδοσίαν δέδωκεν ὁ ἐπίτροπος ἢ νῦν προσφέρῃ· καὶ ὅτι οὐ συγγινώσκεται ὁ συνεπίτροπος αὐτοῦ μὴ κατηγορεῖν αὐτοῦ διὰ τὸ δοῦναι αὐτὸν ἀσφάλειαν.

(22) CALLISTRATE (*L. 4 de cognit.*), *D.*, 26, 40, 6.

Il nous reste à voir maintenant dans quelle mesure le cotuteur qui a manqué à son devoir est responsable vis-à-vis du pupille.

§ 3. — *Responsabilité du cotuteur qui a négligé de dénoncer son collègue comme suspect.*

A. — PRINCIPE.

Windscheid, se plaçant dans le cas d'une tutelle à gérant unique, pose le principe de la responsabilité en « seconde ligne » du cotuteur qui a négligé de surveiller son collègue gérant (23).

A l'appui de son opinion l'auteur cite plusieurs textes qu'il convient d'examiner successivement.

C'est d'abord un texte d'Ulpien que nous avons déjà étudié (24), et qui, au point de vue du *suspectum facere* s'exprime en ces termes : ... *Si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur* (s.-ent. : *qui ad augmentum datur*).

Ce texte, si l'on en croit M. Lévy, par le simple fait du rapprochement de *suspectum facere* et de *satis exigere* est suspect. D'ailleurs l'interpolation se démontre facilement par des incorrections de style que nous avons déjà indiquées; si bien que ce texte, au point de vue du droit classique, n'a aucune valeur probatoire. D'autre part, au point de vue du

(23) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 618. Nous étudierons ailleurs les formes de gestion où la responsabilité issue du *suspectum facere* est admissible. Notons seulement qu'elle ne peut se rencontrer évidemment dans une tutelle où tous les tuteurs ont participé à la gestion et engagé leur responsabilité par le fait de cette participation.

(24) ULPEN (*L. 36 ad. Edict.*), *D.*, 26, 7, 9, 8, étudié *supra*, p. 40 et s.

Bas-Empire, il pose le principe de la responsabilité, mais ne la précise pas.

C'est ensuite un texte de Tryphoninus, très confus et qui semble faire allusion à la responsabilité subsidiaire des cotuteurs, qui n'ont pas surveillé d'assez près leur collègue (25).

Ce texte, comme le précédent, ne présente d'intérêt que pour le droit de Justinien, car il est interpolé. Son caractère confus le rend très suspect et d'autre part, si l'on en croit Binder (26), il a l'allure des textes remaniés par Tribonien.

Windscheid se réfère enfin à une loi de Papinien. Dans le passage qui nous intéresse, il est dit que les tuteurs sont responsables à la fois de la part qu'ils ont eux-mêmes administrée, et du reste de la tutelle, lorsqu'il n'a pas été conservé par la faute de leurs collègues, à condition qu'on relève contre eux un défaut de surveillance (27). Ce texte prévoit la responsabilité, mais ne la précise pas. Et, comme

(25) TRYPHONINUS (*L. 14 disput.*), *D.*, 26, 7, 55, 4 : *Quod autem dicitur desisse solvendo esse vel non esse contutores praestare debere, videamus, qualem intellectum habet, id est utrum sufficit nihil deminutum esse de facultatibus contutoris, ex quo tempore datus est, sed eandem faciem patrimonii permansisse, an etsi nihil post accidit, quod palam faciat diminutionem patrimonii, debet tamen contutor inquirere fortunas contutoris. Sed hoc et ex personae qualitate et ex temporis intercapedine, quo testamentum factum est, usque ad mortem patris aliam aestimationem accipere debet : nam aperte prodigo vel cuius bona venierunt (licet obreptum fuerit praetori, qui decreto cum dedit) permittere contutori administrationem non debet, et potuit aliquid pater eorum post testamentum factum accidens ignorasse aut, cum destinatum haberet mutare testamentum, id non fecisse.*

(26) BINDER, *op. cit.*, p. 343. A notre avis, il proviendrait plutôt d'une scholie postclassique.

(27) PAPINIEN (*L. 12 quaest.*), *D.*, 46, 6, 12 : *... Nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur, et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit : nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse...*

les précédents, il est interpolé. Binder (28) et M. Lévy (29) le suspectent en effet. D'autre part, il est facile de se convaincre que la phrase que nous étudions a été introduite dans le texte de Papinien postérieurement à sa rédaction, car elle s'intercale entre deux idées tout à fait étrangères, se rapportant l'une et l'autre aux fidéjusseurs, et non aux cotuteurs (30).

En conclusion, sur les trois textes cités par Windscheid, un seul semble indiquer une responsabilité de second rang issue du défaut de *suspectum facere*, et encore s'agit-il d'un texte interpolé. Si bien que, relativement à l'Epoque Classique, l'opinion de l'auteur n'est pas vérifiée.

Avons-nous d'autres textes plus pertinents?

Un texte d'Ulpien décide que le cotuteur qui a négligé de dénoncer son collègue doit être condamné même aux intérêts, s'il est poursuivi pour le compte de ce collègue (31).

Mais l'incidente *si supersedit suspectum facere* a été introduite par les compilateurs, ainsi que le déclarent

(28) BINDER, *op. cit.*, p. 340.

(29) LÉVY, *op. cit.*, p. 78.

(30) Phrase précédente : *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt...*; Phrase suivante : *Ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati...*

M. Laprat (*op. cit.*, p. 273 et s.), bien que n'admettant pas l'interpolation de tout le passage : *Nec quisquam... desiderasse*, le considère néanmoins comme remanié par les compilateurs, dont l'intervention lui est démontrée par l'absence de sujet à *supersederit* et de complément à *suspectum facere*. Il estime que l'idée d'une faute personnelle, au cas de défaut de surveillance, a été introduite par eux dans le texte.

(31) ULP IEN (L. 33 *ad Edict.*), D., 26, 7, 7, 14 : *Si tutor pro contutore condemnatur, an etiam in usuras condemnandus sit, quaeritur Et placet, ut multis rescriptis continetur et Papinianus libro duodecimo quaestionum ait, etiam in usuras eum condemnandum, si suspectum facere supersedit, et quidem eas demum usuras cogendum praestare, quas etiam suae administrationis cogitur.*

MM. Taubenschlag (32) et Lévy (33). En effet, le texte indique, comme hypothèse, le cas d'un cotuteur qui a été condamné *pro contutore* (34). Et il décide que ce cotuteur sera tenu au paiement des intérêts, si, du moins, il a commis une faute de surveillance. Or, il est évident que les mêmes raisons, qui ont motivé la condamnation en principal, suffisent pour motiver la condamnation aux intérêts, sans qu'on ait à se préoccuper, pour que celle-ci soit encourue, de savoir si le cotuteur a commis en outre une faute quelconque de surveillance (34 bis).

(32) TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 32, n. 24.

(33) LÉVY, *op. cit.*, p. 44 et 45. L'auteur rapproche de ce texte une constitution d'Alexandre-Sévère (C., 5, 56, 2) également interpolée : *Eius, quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere dubium non est, quamvis aliis pro 'participate muneris necessitas solutionis inrogetur, quia non id alias contingit; quum si cessatio contutitoris in suspecto faciendo imputari possit.*

Cette constitution veut expliquer pourquoi une faute de négligence est nécessaire en supplément pour fonder la responsabilité des intérêts, mais, comme le fait très bien remarquer M. Laprat (*op. cit.*, p. 282), en réalité elle n'explique rien.

Il convient de noter, à titre de preuve d'interpolation, dans cette constitution, comme dans la loi précédente d'Ulpien, l'emploi de *suspectum* sans complément.

(34) Un tuteur peut être condamné à la place d'un collègue, comme s'étant tenu à l'écart de la gestion de celui-ci soit *suo periculo*, c'est-à-dire sans y être autorisé, soit en vertu d'une autorisation régulière. Voir *infra* l'étude de ces deux formes d'abstention, p. 205 et s. et p. 224 et s.

(34 bis) L'illogisme du texte d'Ulpien tel qu'il est reproduit au Digeste n'a pas échappé au rédacteur des Basiliques, qui l'a présenté sous une autre forme plus juridique.

Bas., 37, 7, 6 (HEIMBACH, t. III, p. 661) : Ἐάν δ' ἐπίτροπος μὴ ποιήσῃ ὑποπτον τὸν συνεπίτροπον αὐτοῦ, καταδικάζεται ὑπὲρ αὐτοῦ, καὶ δίδωσι τόκους, οὓς ἀναγκάζεται παρασχεῖν ὑπὲρ τῆς ἰδίας διοικήσεως.

En d'autres termes, il ne s'agit plus d'un tuteur condamné *pro contutore* pour un motif quelconque, en ce qui concerne le principal, et pour défaut de surveillance, en ce qui concerne les intérêts, mais d'un tuteur condamné pour défaut de surveillance tant au principal qu'aux intérêts.

Un autre texte, de Papinien (35), comporte une incidente analogue: *qui suspectum facere neglexerunt*, également introduite par les compilateurs. En effet, comme l'explique M. Lévy (36), il s'agit d'un tuteur, à qui le pupille a fait remise du solde de sa gestion, sous forme d'un legs de pareille somme. Le tuteur a fait des détournements ou a commis des dolis au préjudice du pupille. Il ne peut, de ce fait, être libéré, car le legs ne peut s'appliquer au solde de gestion ainsi constitué. Par suite, il y a tout lieu de penser que si ses collègues ne le sont pas non plus, et restent tenus de son fait vis-à-vis du pupille, ce n'est pas en vertu de l'idée d'une faute de surveillance, mais parce que, de même que dans le précédent texte, ils sont responsables *pro contutore*.

D'ailleurs, la proposition relative au *suspectum facere* présente des défauts de style, qui confirment son interpolation, notamment l'absence de complément à *facere* (37).

Un autre texte, également de Papinien (38), assimile, au point de vue de la responsabilité, le cotuteur qui n'a pas

(35) Papinien (L. 7 respons.), D., 26, 7, 41 : *Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere. Quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relictā, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur.*

La proposition suivante : *tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur* est, comme la précédente, interpolée, si l'on en croit ROTONDI (Riv., t. XLI, p. 141, n. 4) et SOLAZZI (Riv., t. LIV, p. 47, n. 2). D'autre part, d'après BINDER (*op. cit.*, p. 340), l'incidente *qui solvendo non fuit* de la première phrase a été introduite aussi par les compilateurs.

(36) LÉVY, *op. cit.*, p. 48.

(37) Voir LAPRAT, *op. cit.*, p. 284.

(38) PAPINIEN (L. 5 respons.), D., 26, 7, 39, 16 : *Tutor, qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur, ut is, qui non idoneum tutelae tempore suspectum facere supersedit.*

poursuivi l'héritier solvable d'un collègue à celui qui a négligé de dénoncer un cotuteur insolvable. Il les déclare tous deux substitués à la responsabilité : le premier de l'héritier, le deuxième du collègue lui-même.

Ce second cas est considéré comme interpolé par MM. Taubenschlag (39) et Lévy (40).

Ce dernier prétend, en effet, que le droit classique fondait la responsabilité du cotuteur, du fait d'un collègue, sur la notion du *periculum commune*, sans s'occuper de savoir s'il était responsable ou non de l'insolvabilité de ce collègue. Et il en conclut que toute idée de faute de surveillance est de création justinienne.

Cette théorie nous semble parfaitement fondée. Nous verrons (41) que la notion de *periculum commune* apparaît, en effet, comme le fondement à l'Epoque Classique de la responsabilité du tuteur, *pro contutore suo*, à l'exclusion de toute idée de faute de surveillance basée sur l'obligation du *suspectum facere* (42).

D'ailleurs, le membre de phrase relatif au *suspectum facere*, dans le texte qui nous occupe, est par lui-même suspect.

Si le cotuteur est tenu à la place de l'héritier solvable de son collègue qu'il n'a pas poursuivi, c'est en raison d'une faute de gestion : il devait tenter le recouvrement de la

(39) TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 32.

(40) LÉVY, *op. cit.*, p. 42 et 43.

(41) Voir *infra*, p. 206 et s., et p. 227. Mais, pour la *cessatio* autorisée, nous verrons qu'il y a lieu d'excepter les cotuteurs *cessantes*, mis à l'écart de la gestion par décision testamentaire, qui sont dégagés de toute responsabilité du fait de la gestion (*loc. cit.*).

(42) Cette explication vaut d'une façon générale pour tous les textes qui font intervenir l'idée de *suspectum facere* à l'appui d'une responsabilité *pro contutore*.

créance pupillaire à l'encontre de l'héritier du cotuteur, comme il aurait dû le faire à l'encontre d'un débiteur quelconque. Il s'agit donc, en l'espèce, d'une question tout à fait différente de celle qui met à sa charge, pendant la tutelle, une obligation de surveillance. Par suite, on comprend mal que le texte ait établi entre les deux une analogie (43).

Enfin, nous devons indiquer une constitution de Carinus et Numerianus qui, au cas de division de la tutelle, prévoit la responsabilité, née du *suspectum facere*, entre les cotuteurs (44).

Mais, là encore, il semble qu'il y ait une interpolation. En effet, de l'opinion de M. Lévy (45), jusqu'au m^e siècle, les tuteurs, au cas de division de la tutelle, n'étaient tenus que de leur propre administration. Et cette opinion est corroborée par une constitution d'Alexandre-Sévère, déjà citée (46), qui tient les tuteurs gérants par parts divisées quittes de toute responsabilité du fait d'un collègue.

Ainsi donc, tous les textes que nous avons relevés au

(43) Il y a plus : MM. TAUBENSCHLAG et LÉVY relèvent tous deux le mot *supersedit*, qui est fréquemment interpolé. M. LAPRAT (*op. cit.*, p. 269, n. 1) signale l'absence de substantif à *non idoneum*.

(44) CARINUS et NUMERIANUS, C., 5, 32, 2, 1 : *In divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt*.

(45) LÉVY, *op. cit.*, p. 77. L'auteur cite comme suspectant ce texte BINDER (*op. cit.*, p. 343), SOLAZZI (*Riv.*, t. LIV, p. 62; *Minore Età*, p. 93), et indique, en tant qu'arguments de texte, à l'appui de l'interpolation, l'incorrection de : *removerunt... moverunt* et l'absence de complément à *suspectum non removerunt*.

(46) ALEXANDRE-SÉVÈRE, C., 5, 38, 2, *supra*, p. 68.

sujet de la responsabilité née du *suspectum facere* (47), y compris ceux indiqués par Windscheid, sont interpolés et, par conséquent, ne nous font connaître que le droit du Bas-Empire.

Nous avons, il est vrai, le texte de Marcien, qui suppose l'obligation du cotuteur de surveiller son collègue, et, par là même, sa responsabilité, au cas de contravention à cette obligation.

Mais s'agit-il bien d'une responsabilité civile à l'égard du pupille, telle que l'établissent les textes interpolés? Ce n'est pas certain.

Modestin nous dit, en effet : l'ignorance du cotuteur exilé le fera absoudre plus facilement, *facilius veniam habebit*, de n'avoir pas dénoncé son collègue. Les termes mêmes qu'il emploie semblent plutôt indiquer que le cotuteur exilé a été lui-même dénoncé par un tiers comme complice de son collègue, dont il a négligé de faire connaître au prêteur les malversations; et qu'il n'y a lieu pour lui que de se défendre de cette accusation de complicité, et non pas de chercher à échapper à une responsabilité quelconque vis-à-vis du pupille (48).

En tout cas, aucun autre texte de l'Epoque Classique ne

(47) Les textes précédents ne sont pas les seuls qui traitent de l'obligation de surveillance. Nous en rencontrerons d'autres qui en parlent incidemment, au cours de notre étude. Mais ceux-ci, nous le verrons, déjà suspects en raison de l'interpolation de tous ceux que nous venons d'examiner, sont à considérer également comme interpolés soit pour des raisons de forme, soit pour des raisons de fond.

(48) D'ailleurs, le pr. de la loi, dont le passage que nous étudions constitue le § 1, prévoit le droit, pour le cotuteur exilé à perpétuité, de se faire excuser, c'est-à-dire, n'a aucun rapport avec la responsabilité de ce tuteur vis-à-vis du pupille : *Plane si in exilium datus sit tutor, potest se excusare, si in perpetuum datus est.*

parle de responsabilité issue du *suspectum facere*, si bien que l'on peut à bon droit penser que cette responsabilité n'a été généralement admise qu'au Bas-Empire (49).

B. — CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE LA RESPONSABILITÉ
NÉE DU *SUSPECTUM FACERE*.

Ainsi donc, nous avons de très nombreux textes établissant la responsabilité du cotuteur, au cas de défaut de surveillance, pour le droit du Bas-Empire. Mais nous n'avons qu'un texte indépendamment du fragment peu précis de Tryphoninus (50), déjà cité, pour dire que cette responsabilité était, conformément d'ailleurs à l'opinion de Windscheid, une responsabilité de « seconde ligne ».

C'est un passage d'Ulpien (51), aux termes duquel les tuteurs écartés de la gestion par désignation testamentaire du tuteur gérant, tuteurs qualifiés « honoraires », sont tenus subsidiairement, quand ils n'ont pas surveillé leur collègue. Ce passage, nous le montrerons plus loin, est indiscutablement interpolé. Il confirme donc ce que nous avons admis : à savoir que la responsabilité du *suspectum facere* date du Bas-Empire.

(49) M. Laprat (*op. cit.*, p. 289) a étudié, comme nous, un grand nombre des textes comportant l'obligation du *suspectum facere*. Et il conclut en ces termes son étude sur ce point :

« En somme, la conclusion à tirer de cette série de textes paraît être la suivante : aux règles du droit classique, qui admettait les cotuteurs à l'exercice de la *postulatio*, les compilateurs ont substitué l'obligation personnelle d'intenter l'*accusatio*, avec responsabilité effective au cas de négligence. Ce principe nouveau est rigoureusement sanctionné, il est appliqué de façon très large à tous les tuteurs, et forme ainsi l'une des bases principales du système établi dans le droit de Justinien ».

(50) TRYPHONINUS, *D.*, 26, 7, 53, 4.

(51) ULPIEN (*L. 35¹ ad. Sab.*), *D.*, 26, 7, 3, 2, cité et étudié *infra*, p. 138 et s.

Cherchons maintenant si, juridiquement, le caractère subsidiaire de cette responsabilité est soutenable.

Supposons qu'un pupille ait deux tuteurs, dont l'un a passé seul⁽⁵²⁾ un acte dangereux, sinon dolosif, pour les intérêts confiés à sa garde. Il a fait, par exemple, remise de dette à un débiteur solvable. L'autre tuteur, qui a connu la tractation malhonnête, ou qui a été en mesure de la connaître, s'est abstenu de dénoncer au magistrat son indélicat collègue. La fin de la tutelle arrive et le pupille réclame des comptes.

Naturellement, devra répondre le premier de la remise de dette injustifiée, celui-là même qui l'a consentie. Mais si, par malheur, il est insolvable, faut-il décider que le pupille aura à subir sans recours le préjudice qui lui a été causé? Non, car il pourra, avec raison, reprocher au cotuteur de n'avoir pas dénoncé en temps utile son collègue. Cette dénonciation aurait pu empêcher l'acte malhonnête, ou en tout cas amener la destitution du tuteur et la reddition de ses comptes à une époque où il était peut-être encore solvable, alors qu'il ne l'est plus. Et, en conséquence, il est logique de considérer ce cotuteur responsable en « seconde ligne », c'est-à-dire à défaut du collègue indélicat.

Ceci n'empêche évidemment pas que la responsabilité du dit cotuteur sera dégagée, s'il a de justes motifs d'excuse à faire valoir; s'il peut justifier qu'en fait il a été dans l'impossibilité de connaître la remise de dette, ou, tout au moins, que lorsqu'il en a eu connaissance, il était trop tard pour qu'une dénonciation pût être utile au pupille, le collègue étant devenu, dès cette époque, insolvable.

(52) Qu'il s'agisse d'une tutelle indivise (quelle que soit son origine d'ailleurs, puisque nous sommes au Bas-Empire), où un seul tuteur peut en principe intervenir valablement, ou d'une tutelle à gérant unique (quelle que soit son origine également).

Nous avons ainsi la preuve que, juridiquement, la responsabilité de seconde ligne du cotuteur, au cas de *suspectum facere*, est parfaitement fondée (53).

Il y a donc lieu de l'admettre avec Windscheid, mais pour le Bas-Empire seulement.

.....

Et nous résumerons, comme suit, cette étude :

1° De tout temps, à Rome, on a admis le droit pour le cotuteur, comme pour toute autre personne même étrangère au pupille, de dénoncer au magistrat le cotuteur soit malhonnête, soit incapable, en tous cas dangereux pour les intérêts qu'il administrait.

2° A l'Époque Classique, la dénonciation dont s'agit, bien que constituant un devoir pour le cotuteur, n'était pas une obligation civile à sa charge, donnant lieu à une responsabilité à l'égard du pupille.

3° Au Bas-Empire, au contraire, le défaut de *suspectum facere* rendait le cotuteur responsable envers le pupille de la gestion de son collègue, subsidiairement à celui-ci.

4° Les compilateurs n'hésitèrent pas à substituer cette responsabilité dans les textes classiques à la responsabilité *pro cotutore*, dérivée du *periculum commune*.

(53) Ce caractère subsidiaire de la responsabilité se justifie encore autrement. Nous le démontrerons, au Bas-Empire, la responsabilité en question a eu tendance à se substituer à la responsabilité née de la *cessatio suo periculo*. Puisque celle-ci était subsidiaire, il est normal de penser qu'elle l'était aussi.

CHAPITRE III

TUTEURS SPECIAUX

Nous entendons par tuteurs spéciaux les tuteurs appelés à la tutelle, pour y assumer une fonction particulière.

Les tuteurs spéciaux se rangent en deux catégories :

Les tuteurs honoraires et les tuteurs *notitiae gratia*.

Nous allons chercher à préciser leur mission respective et à déterminer la mesure de leur responsabilité.

§ 1. — *Tuteurs honoraires.*

Ulpien parle des tuteurs honoraires en ces termes (1) :

Ceteri igitur tutores (2) non administrabunt sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. Nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare : constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere : dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum

(1) ULPYEN (*L. 35 ad Sab.*), *D.*, 26, 7, 3, 2. Le texte dont fait partie ce passage a été étudié *supra*, p. 93 et s.

(2) Au paragraphe précédent, Ulpien envisageait le cas où un père de famille a, dans son testament, désigné un des tuteurs pour gérer la tutelle. *Si parens vel pater qui in postestate habet destinaverit testamento, quis tutelam gerat.* Les *ceteri tutores* sont donc tous ceux qui ont été exclus de la gestion.

*conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Adsi-
due igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicitè
curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi
possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparisonem :
blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino
non teneri : tenentur enim secundum ea quae supra osten-
dimus.*

Ce texte est considéré comme interpolé, en tout ou en partie, par plusieurs auteurs.

Tout d'abord, il est un passage que MM. Lévy (3) et Ascoli (4) rejettent et qui nous semble indiscutablement interpolé : c'est le passage relatif à l'obligation de surveillance : *suspectum facere*. Cette obligation, en effet, nous venons de le voir, n'a été imposée aux cotuteurs qu'au Bas-Empire.

D'ailleurs, l'interpolation se justifie également par des arguments de style : inélégance du rapprochement des trois conjonctions *quando, cur, si*, prolixité résultant de l'emploi de mots presque synonymes : *observatores* et *custodes*.

D'autre part, de l'avis de M. Solazzi (5), il faut rejeter les membres de phrase : *sed... appellamus, blandiuntur... ostendimus* et *excussis... gesserit*, et rétablir le texte comme suit .

*Ceteri igitur tutores non administrant, sed hi quoque
post eum qui gesserit, conveniri poterunt. Dati sunt enim
quasi observatores actus eius et custodes ut, si male eum
conversari videbant, suspectum faciant et si pecunia sit,*

(3) LÉVY, *op. cit.*, p. 72, n. 10.

(4) ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali, Studi e documenti di storia e diritto*, t. XI, p. 130 et s.

Seul, M. Solazzi (*Riv.*, t. LIV, p. 69) ne rejette pas cette phrase, car il admet le *suspectum facere* à l'Epoque Classique (voir *infra*, p. 245).

(5) SOLAZZI, *loc. cit.*

quae deponi possit, curent ut deponatur ad praediorum comparationem (6).

Nous admettons bien volontiers avec lui l'interpolation de l'incidente *blandiuntur... ostendimus*. L'emploi de *blandiuntur sibi*, dans le sens de « ils se méprennent », est plus que suspect, ainsi que l'a parfaitement remarqué M. Ascoli (7). En outre, cette incidente est en contradiction avec la phrase *nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare* : Après avoir déclaré que personne ne doute de la responsabilité des cotuteurs honoraires, comment Ulpien pourrait-il en venir à dire que ceux qui rejettent cette responsabilité font erreur ?

Nous voulons bien admettre également l'interpolation de l'incidente *excussis prius facultatibus eius qui gesserit*, dont la forme s'inspire vraisemblablement du bénéfice de discussion qui est de création justinienne (8).

Nous rejetons aussi du texte original l'incidente *Adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet* qui est en contradiction avec une loi de Papinien ainsi conçue (9) :

Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit.

Ce fragment n'est en effet suspecté par aucun critique et ne semble pas devoir l'être; aussi est-il naturel de préférer l'opinion qu'il exprime à celle du texte d'Ulpien, suspect à plus d'un titre.

(6) Le texte tel que M. Solazzi propose de le rétablir est voisin du texte des Basiliques, 37, 7, 3 (HEIMBACH, t. III, p. 638). Celui-ci ne donne pas non plus aux tuteurs dont il est question le titre d'honoraires.

(7) ASCOLI, *loc. cit.*

(8) Voir *infra*, p. 246.

(9) PAPINIEN (*L. 4 respons.*), *D.*, 26, 2, 26, 1.

Reste à savoir si l'incidente *sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus* est, elle aussi, interpolée.

La question ne semble pas douteuse en raison des termes mêmes d'un autre fragment d'Ulpien (10) :

Sunt quidam tutores, qui honorarii appellantur : sunt qui rei notitiae gratia dantur : sunt qui ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorem uni committitur gestus, vel praetor ita decernit.

D'après ce fragment, Ulpien distingue très nettement les tuteurs honoraires, les tuteurs *rei notitiae gratia dati* (11) et les tuteurs exclus de la gestion par la désignation testamentaire d'un gérant unique. Par conséquent, il ne pouvait dire dans un autre texte que tous les tuteurs non gérants désignés par testament étaient honoraires. Et il convient de choisir entre le passage ci-dessus et celui que nous étudions. Comme ce dernier est rejeté par M. Solazzi et par M. Ascoli (12), comme il est rendu suspect par l'emploi inattendu du futur (*erunt* après *administrabunt*) succédant à l'emploi du présent dans le paragraphe qui le précède, alors que l'autre texte donne toutes les apparences d'un texte classique, il y a lieu de rejeter l'incidente qu'il comporte : *sed erunt... appellamus*.

Ainsi donc, nous sommes d'accord sur les interpolations relevées par M. Solazzi. Mais nous n'admettons pas que le texte s'occupait primitivement, ainsi qu'il le suppose, de la responsabilité subsidiaire des tuteurs exclus de la gestion, issue du *suspectum facere*. Car nous considérons, avec

(10) ULPYEN (L. 30 *ad Sab.*), D., 46, 3, 14, 1.

(11) Sur la définition de ces tuteurs, voir *infra*, p. 147.

(12) ASCOLI (*loc. cit.*), nous le disons quelques lignes plus loin, rejette le texte dans son entier.

M. Ascoli, le texte comme interpolé dans son ensemble, (sans excepter la seule phrase qui nous reste, *constat enim hos quoque conveniri oportere*, dont l'allure impérative est suspecte). D'autre part, l'idée d'une obligation de surveillance n'est pas admissible à l'Epoque Classique (13).

Nous pouvons seulement conclure de ce texte que le compilateur a confondu sous la même rubrique : tuteurs honoraires, tous les tuteurs que l'attribution testamentaire de la gestion à un seul avait écartés de cette gestion et qu'il les a rendus responsables, à titre subsidiaire, du défaut de surveillance du collègue gérant.

Ulpien ne nous renseigne d'ailleurs pas mieux, dans le second texte que nous avons déjà en partie cité et qui se poursuit en ces termes :

Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum etsi honorariis (nam et ad hos periculum pertinet) recte solvi... (14).

La proposition *etsi... pertinet* est en effet considérée comme interpolée, tant par M. Solazzi (15) que par M. Ascoli (16). Il est douteux qu'Ulpien, s'il admettait la responsabilité des tuteurs honoraires, l'affirmât spécialement dans une parenthèse, alors qu'elle n'était pas en question, et citât spécialement les tuteurs honoraires, compris dans l'expression générale : *cuicumque ex tutoribus*.

Mais le fait què les tuteurs honoraires peuvent recevoir un paiement pour le compte du pupille n'implique pas qu'ils

(13) En outre, il ne nous semble pas que les tuteurs exclus de la gestion par désignation testamentaire du gérant, cas examiné dans notre texte, soient à aucun titre responsables. Voir *infra*, p. 224 et 225.

(14) ULPEN, *D.*, 46, 3, 44. 1.

(15) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 70, n. 1.

(16) ASCOLI, *op. cit.*, p. 134.

participent à la gestion, puisque tous les autres tuteurs, y compris ceux exclus de la dite gestion, ont le même droit (17). On peut voir simplement dans la décision d'Ulpien une règle d'équité en faveur des débiteurs du pupille, en vue d'éviter que leur ignorance du défaut de qualité chez le tuteur, auquel ils ont réglé, ne rende leur paiement sans valeur (18).

Cependant, si, à la fin de la tutelle, le tuteur honoraire ne peut représenter la somme qu'il a reçue à titre de remboursement d'une créance pupillaire, il sera évidemment responsable à concurrence du montant de cette somme.

D'ailleurs l'absence de responsabilité des tuteurs honoraires, en général, peut paraître impliquée dans le texte de Papinien que nous avons précédemment cité (19), aux termes duquel ces tuteurs ne sont pas chargés de recevoir

(17) En effet, il semble bien, d'après le contexte, que l'incidente *cuiusque ex tutoribus fuerat solutum... recte solvi*, se réfère aux tuteurs honoraires et aux tuteurs *notitiae gratia* d'une part, comme aux tuteurs *qui ad hoc dantur ut gerant*, d'autre part, sans prévoir spécialement les tuteurs à qui la gestion a été attribuée en propre.

Par conséquent la restriction apportée par la suite du texte : *nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio* vise uniquement les tuteurs écartés de la tutelle par décision du préteur intervenue à titre disciplinaire, telle que la *remotio*.

Aussi, à notre avis, le rédacteur des Basiliques traduit-il mal la pensée du texte, tel qu'il existe au Digeste, lorsqu'il écrit :

Bas., 26, 5, 14 (HEIMBACH, l. II, p. 115) : Παντί επιτρόπῳ, καὶ τετιμημένος ἐστίν (καὶ οὗτος γὰρ κινδυνεύει), καλῶς καταβάλλεται· πλὴν τοῦ κωλυθέντος διοικεῖν ἀπο πατρὸς ἢ τῶν συ.επιτρόπων, ἢ τοῦ πράι-ωρος..., c'est-à-dire que les tuteurs écartés de la gestion par désignation d'un collègue gérant du père, des cotuteurs ou du préteur (bien que nommés en qualité de gérants, ne l'oublions pas, par opposition aux tuteurs honoraires ou *notitiae gratia*) ne pouvaient valablement recevoir le paiement d'une créance pupillaire.

(18) Du reste, dans la suite du texte, Ulpien déclare qu'un tuteur *notitiae gratia* peut recevoir paiement par le seul fait qu'il est tuteur (voir le passage, *infra*, p. 147) et qui dit « tuteur » ne dit pas obligatoirement « responsable de la tutelle ».

(19) PAPINIEN, *D.*, 26, 2, 26, 1, cité *supra*, 140.

les comptes de ceux à qui le père a confié la gestion. Et l'on pourrait conclure du fait qu'ils n'avaient aucune qualité pour demander à leurs collègues compte de leurs actes, qu'ils étaient tenus à l'écart de la gestion et n'en répondaient pas.

Mais un texte d'Ulpien, que nous avons étudié précédemment, refuse à tous les cotuteurs, sans distinguer, le droit de se faire rendre des comptes (20).

Le texte de Papinien ne prouve donc pas que les tuteurs honoraires n'ont pas à répondre de la gestion de la tutelle.

En tout cas, à notre avis, il convient d'adopter cette solution, par analogie avec la solution admise à l'égard des tuteurs écartés de la gestion à la suite de la désignation testamentaire du tuteur gérant (21). En effet, le peu que nous savons par les textes nous présente les tuteurs honoraires, comme des tuteurs particuliers, nommés par le père dans son testament et n'ayant pas de participation à la gestion, puisque Ulpien les distingue des tuteurs *qui ad hoc dantur ut gerant*.

Il reste à savoir à quelle préoccupation du père pouvait se rattacher la désignation de ces tuteurs? Quelle mission le père entendait-il leur confier (22)? C'est ce que nous ne savons pas dans le silence des textes (23).

(20) ULPIEN (*L. 1 respons.*), *D.*, 26, 7, 19, cité *supra*, p. 119.

(21) Voir *infra*, p. 224 et 225.

(22) Il est impossible d'admettre que les tuteurs honoraires étaient simplement chargés de surveiller la gestion du cotuteur. Car tel était le devoir des tuteurs testamentaires écartés de la gestion en général, et le titre particulier de tuteur honoraire devait nécessairement comporter une mission particulière.

(23) Il nous reste un dernier texte dont nous n'avons pas encore parlé : Il est de PAUL (*L., sing. ad. Orat. divi Antonini et Commodi*), *D.*, 23, 2, 60, 2, *Quid ergo si honoris causa tutor datus sit? Quatenus nec huiusmodi tutela in numerum computatur, numquid item sit?*

Ou bien la désignation à la qualité de tuteur honoraire constituait-elle de la part du testateur une marque de confiance et d'estime, qu'il était glorieux de posséder, quand ledit testateur était un grand personnage? Et comportait-elle, à l'égard du pupille, un devoir de parrainage et d'assistance?

Ou bien faut-il décider que la mission du tuteur honoraire concernait exclusivement la personne du pupille : que c'était à ce tuteur qu'incombait le soin de l'éducation tant morale qu'intellectuelle de celui-ci ?

Ou bien encore doit-on supposer que le tuteur honoraire était un homme à qui son âge ou ses fonctions ne permettaient pas de s'occuper de l'administration des biens de la tutelle, mais que le père désignait en raison de sa grande expérience des affaires, pour guider les tuteurs gérants dans les situations difficiles qui pouvaient se présenter à eux?

Ou enfin le tuteur honoraire était-il, comme le dit M. Bonfante (24), le plus proche parent du pupille, auquel le testateur voulait retirer l'administration, sans l'exclure de la tutelle, pour lui éviter l'infamie?

Cette dernière solution ne nous semble pas devoir être accueillie. Pour ne pas avoir à écarter le parent suspect de la tutelle, il suffisait au testateur de désigner un ou des

Sed ratio in contrarium ducit, quod dictum est honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.

MM. SOLAZZI et ASCOLI (*loc. cit.*) considèrent interpolé le passage *Sed ratio... tutelam*. Et c'est avec juste raison, car l'expression *ratio in contrarium ducit* est de très basse latinité. De plus, il est fait allusion à l'obligation dérivée du *suspectum facere* que nous avons jusqu'à présent rencontrée uniquement dans des textes interpolés.

D'ailleurs aucune indication dans ce texte, comme dans les autres, sur le caractère du tuteur honoraire.

(24) BONFANTE, *op. cit.*, p. 465.

tuteurs testamentaires, puisque la tutelle testamentaire avait le pas sur la tutelle légitime. En outre, nous savons que, pour mettre un tuteur indélicat hors de nuire, sans lui infliger l'infamie, il suffisait de le désigner avec d'autres tuteurs en attribuant la gestion à l'un de ceux-ci⁽²⁵⁾.

La seconde solution est également à rejeter, car nous allons voir qu'il était du rôle des tuteurs *notitiae gratia* de conseiller leurs collègues.

Les premières hypothèses au contraire semblent pouvoir être indifféremment, l'une ou l'autre, retenues : rien n'empêche d'ailleurs de faire au sujet de la qualité de l'*honorarius* toutes autres suppositions, à la seule condition qu'elles soient compatibles avec son inaction à l'égard du patrimoine de la tutelle.

.....

Pour conclure, nous dirons donc que le tuteur honoraire était vraisemblablement, à l'Epoque Classique, un tiers à qui le *paterfamilias* voulait manifester sa confiance en le chargeant de veiller sur son enfant, mais n'ayant aucun rôle ni aucune responsabilité à l'égard du patrimoine de la tutelle. Au Bas-Empire peut-être⁽²⁶⁾ a-t-il été confondu avec les tuteurs écartés de la gestion par la volonté du testateur étant comme eux sans attribution spéciale et soumis à la responsabilité dérivée du *suspectum facere*.

§ 2. — *Tuteurs notitiae gratia.*

La question de savoir ce qu'étaient les tuteurs *notitiae gratia* est résolue par un texte d'Ulpien ainsi conçu :

Ei, qui notitiae gratia datus est an recte solvatur, vi-

(25) ULPEN, *D.*, 26, 7, 3, 1, étudié *supra*, p. 94.

(26) Nous disons peut-être, car le fait que le texte d'Ulpien : *D.*, 26, 7, 3, 2 soit reproduit aux Basiliques sans la qualification d'*honoraires*

dendum est, quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere (27).

Il résulte donc de l'opinion du jurisconsulte, que le paiement fait entre les mains d'un tuteur *notitiae gratia* est aussi valable que s'il avait été effectué entre les mains d'un tuteur quelconque. La solution est identique, qu'il s'agisse de tuteurs *notitiae gratia* ou de tuteurs honoraires.

Mais il en résulte également, et ceci nous intéresse davantage, que les tuteurs *notitiae gratia* ont pour mission de conseiller, d'instruire leurs collègues.

Si l'on rapproche cette fonction du terme même qui sert à les désigner, nous pouvons dire que ces tuteurs étaient nommés à des tutelles importantes, en vue de mettre leur expérience des affaires au service de leurs collègues, pour les guider dans leurs fonctions.

Reste à déterminer leur responsabilité.

D'après la définition que nous venons de donner, nous devons supposer que ces tuteurs avaient à répondre des fautes de gestion, comme les tuteurs gérants.

Car s'il n'entrait pas dans leurs fonctions de conclure eux-mêmes les actes de gestion, il leur appartenait toutefois de les recommander ou, au contraire, de les déconseiller aux tuteurs gérants. Donc, en principe (28), lorsqu'un

laisse supposer que cette qualification a été considérée par l'auteur de la compilation comme une erreur ou tout au moins une opinion isolée du rédacteur du Digeste, opinion que, volontairement, il a écartée.

(27) ULPEN (*L. 30 ad Sab.*), *D.*, 46, 3, 14, 6.

(28) Nous disons en principe, car, bien qu'ayant conseillé la conclusion de certains actes, les tuteurs *notitiae gratia* ne devaient pas avoir à répondre des conséquences préjudiciables pour le pupille de ces actes, si les conditions dans lesquelles ils avaient recommandé de les conclure n'avaient pas été observées, et si c'était de cette inobservation que découlait le dommage subi par le pupille.

acte conclu à leur instigation créait un droit à des dommages-intérêts au profit du pupille, il était naturel qu'ils en répondissent. Et s'il s'agissait d'un acte au sujet duquel ils n'avaient pas donné leur avis, ils devaient en répondre encore, mais seulement en seconde ligne, comme des tuteurs *cessantes suo periculo* ⁽²⁹⁾.

D'autre part, en ce qui concerne leur responsabilité relativement aux sommes encaissées pour le compte du pupille, il semble que, ne gérant pas, les tuteurs *notitiae gratia* n'en pouvaient être tenus. Seuls devaient en répondre les tuteurs gérants qui étaient qualifiés pour les recevoir et prendre toutes mesures en vue de les faire mettre en dépôt ou de les faire remployer ⁽³⁰⁾.

Mais si l'on envisage d'une manière plus large le rôle de conseiller du tuteur *notitiae gratia*, on admettra qu'il était de son devoir de veiller à ce que ces mesures fussent prises, et l'on retiendra également sa responsabilité dans cette seconde hypothèse, soit en premier rang, soit subsidiairement, selon qu'il sera ou non intervenu à l'acte.

Donc des attributions du tuteur *notitiae gratia* se déduit la mesure de sa responsabilité, et celle-ci est la même que celle du tuteur gérant.

C'est d'ailleurs la solution qui était admise à l'Epoque Classique; si l'on en croit Paul ⁽³¹⁾.

(29) Voir la responsabilité en seconde ligne des tuteurs *cessantes suo periculo*, *infra*, p. 214 et s.

(30) ULPIN, *D.*, 36, 7, 3, 2, sur le rôle du tuteur honoraire, fait allusion à ce emploi : *Adsidue... oportet... si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem*. Il est vrai que le passage est interpolé.

(31) PAUL (*L.* 9 *respons.*), *D.*, 26. 2. 32, 1. Voir, dans ce sens également, ALEXANDRE-SÉVÈRE, *C.*, 3, 38, 1 : *Et qui notitiae causa liberti tutores dantur, quamvis soli administrandorum negotiorum pupillorum sive adultorum facultatem interdum non accipiant propter tenui-*

Idem Paulus respondit eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde in omnibus et administrationis et accessionis iure conveniri posse atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

.....

En conclusion, les tuteurs *notitiae gratia* étaient désignés à des tutelles importantes, pour guider le ou les tuteurs gérants dans leurs fonctions et, comme eux, ils étaient responsables, soit en premier, soit en second rang, suivant qu'ils avaient donné ou non leur avis au sujet de la conclusion des actes de gestion ⁽³²⁾.

tatem sui patrimonii, periculo tamen omnes sunt obligati, sive ea, quae scire deberent ex utilitate eorum, tutores sive curatores dissimularunt aut fraudem aliquam adhibuerunt vel cum aliis participaverunt aut, cum suspectos facere deberent, in officio muneris vel obsequio debito cessaverunt.

Ce texte a été vraisemblablement retouché par les compilateurs : notons le passage relatif au *suspectum facere* et les mots *sive curatores*.

(32) Il semble résulter du texte de Paul que les tuteurs *notitiae gratia* étaient, comme les tuteurs honoraires, des tuteurs testamentaires. Mais l'incidente *atque. A. dati sunt* peut très bien s'expliquer par ce fait que la question posée concernait des tuteurs désignés par testament. D'autre part, lorsque la tutelle était déférée par le magistrat, on ne voit pas pourquoi celui-ci n'aurait pas pu désigner un tuteur *notitiae gratia*, si les intérêts de la tutelle le réclamaient.

Remarquons, d'autre part, la précision de l'expression *propter notitiam rerum*, démontrant qu'il s'agit bien de la notoriété de la tutelle et non de celle du tuteur.

CHAPITRE IV

L'ACTIO TUTELÆ ET LES COTUTEURS

§ 1. — L'actio tutelae.

La question se pose de la façon suivante :

Les cotuteurs comptent-ils au nombre de leurs attributions particulières, issues du fait même de leur pluralité, le droit d'agir au nom du pupille, par voie d'*actio tutelae*, contre un collègue pris en tant que tuteur ?

Une réponse négative est donnée par Modestin (1), dans une espèce où il s'agit de deux tuteurs qui se sont partagé l'argent provenant de la vente de biens pupillaires, et dont l'un a été par la suite envoyé en exil. Modestin décide que le tuteur non exilé ne pourra intenter l'*actio tutelae* contre son collègue, pour faire restituer au pupille la portion du prix qu'il a touchée.

Même réponse négative donnée par Paul (2), au cas de gestion par plusieurs tuteurs : *cum plures tutelam gerunt,*

(1) MODESTIN (L. 1 *excus.*), D., 26, 7, 32, 7 : *Tutores duo post venditionem pupillarium rerum factam pecuniam inter se dividerant, post quam divisionem alter eorum in exilium datus est durante tutela : quaerebatur, an actore constituto contutor eius partem pupillaris pecuniae petere ab eo poterit. Modestinus respondit : si hoc quaeritur, an contutore relegato contutor tutelae actionem exercere possit, non posse respondi.*

(2) PAUL (L. 38 *ad Edict.*), D., 26, 7, 42, pr.

nulli eorum in contutorem actio pupilli nomine datur. L'*actio pupilli* dont il est question est évidemment l'*actio tutelae*, action fondamentale du pupille contre ses tuteurs.

Dans un texte plus précis, Ulpien répond d'une façon moins tranchée et distingue suivant qu'il s'agit ou non d'une tutelle en cours.

1° S'agit-il d'une tutelle en cours? le pupille, et *a fortiori* l'un de ses tuteurs, ne peuvent agir contre un autre tuteur par voie d'*actio tutelae*. La raison qu'en donne le jurisconsulte est bien simple. Tant que les fonctions des tuteurs n'ont pas pris fin, on ne peut logiquement agir contre eux en règlement de comptes.

Ainsi, d'après Ulpien⁽³⁾, l'impossibilité pour le tuteur d'intenter l'*actio tutelae* contre un collègue n'est pas personnelle au tuteur lui-même, puisqu'il l'indique pour le pupille. Elle résulte en effet du caractère de la dite action.

(3) ULPYEN (L. 25 ad Edict.), D., 27, 3, 9, 4 : *Et generaliter quod traditum est pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse hactenus verum est, si eadem tutela sit : absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret. In qua autem desinit tutor et iterum coepit esse, sic ex pristina administratione tutelae debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre eius accepisset. Quem igitur effectum haec sententia habeat, videamus : nam si solus tutor est, utique ipse secum non aget. Sed vel per specialem curatorem conveniendus est vel pone eum contutorem habere, qui possit adversus eum iudicem accipere, ex qua causa cum eo tutelae agi posset. Quin immo si medio tempore solvendo esse desierit, imputabitur contutoribus, cur non egerunt cum eo.* Cf. CYRILLE, Bas., 38, 3, 9, sch. 8 (HEIMBACH, t. III, p. 718) : ... Ἄν ὥς ὑπὸ τῷ ἐπιτρόπῳ συζευχθῇ κούρῳ, οὐ δύναται ἐνεῖν κατ' αὐτοῦ τὴν τοὔτελᾶς.

En d'autres termes, un curateur ne peut agir par voie d'*actio tutelae* contre le tuteur suspect auquel il a été adjoint; cette solution a dû être admise dès l'Epoque Classique, car elle ne constitue qu'un cas particulier de la règle très générale, suivant laquelle on ne peut poursuivre un tuteur à propos de la gestion d'une tutelle en cours, règle développée ci-après.

L'*actio tutelae* est une action en règlement de comptes : elle ne se pose donc qu'à la fin de la tutelle, c'est-à-dire au moment où le compte, essentiellement variable, se fixe définitivement et peut, par conséquent, donner lieu à une liquidation. Les opérations de gestion d'un tuteur entraînent l'ouverture à son nom auprès du pupille d'un véritable compte courant tantôt créateur, tantôt débiteur. Poursuivre le tuteur à un moment donné, parce que ce compte courant présente un solde débiteur, c'est introduire une réclamation vaine, puisque le seul fait d'un nouvel acte de gestion peut suffire à rendre le compte créateur. C'est ce qu'Ulpien entend, quand il dit : *absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli repositi, in qua adhuc perseveraret* (4).

2° Si, au contraire, la tutelle a pris fin, on est en présence d'un solde de compte courant invariable, déterminé (5). Comme le déclare Ulpien, la situation est en ce cas la même que s'il s'agissait d'un prêt consenti par le père du pupille, *quomodo si pecuniam creditam a patre eius accepisset* (s.-ent. tutor).

Mais, pratiquement, comment se présentera le cas d'une réclamation par un tuteur à son collègue du paiement du solde débiteur de tutelle, par voie d'*actio tutelae*? D'ordi-

(4) M. BESELER (*op. cit.*, t. III, p. 28) considère toute cette phrase interpolée, parce que comportant le mot *absurdum*, qui est pour lui un terme suspect et n'ayant aucun intérêt pour la suite des idées.

Si l'on admet cette interpolation, on est obligé de reconnaître que le compilateur a heureusement expliqué la décision d'Ulpien en lui prêtant les seuls motifs logiques qui la justifient.

(5) Ou tout au moins aisément déterminable; s'il figure par exemple dans ce compte une indemnité, dont le tuteur est redevable vis-à-vis du pupille pour une faute de gestion et dont il discute soit le principe soit simplement le montant, le juge statuera, et le compte, dès sa sentence rendue, sera fixé une fois pour toutes.

naire, quand l'un des tuteurs aura terminé sa gestion et sera mis en demeure de rendre ses comptes, son collègue se trouvera lui-même évincé de la tutelle et sera, en conséquence, sans qualité pour introduire contre le premier une réclamation quelconque au nom du pupille. Il faut supposer, comme le fait Ulpien, que le tuteur poursuivi a administré la tutelle antérieurement, qu'il a résigné ses fonctions et les a reprises ensuite aux côtés du collègue qui le poursuit. Il y a donc, en ce qui le concerne, deux tutelles successives. La première, qu'il a gérée seul ou avec d'autres et qu'il a quittée, tutelle dont les opérations se sont clôturées pour lui par un solde de compte débiteur, pour le recouvrement duquel il est poursuivi. La deuxième, qu'il gère avec le collègue qui le poursuit *ès qualités*, tutelle en cours et pour laquelle aucune réclamation en règlement de comptes n'est recevable, quant à présent.

Ulpien, d'ailleurs, dans la partie non suspectée du texte, se contente de dire que le tuteur, dont l'administration antérieure est close et présente un solde débiteur, doit au même titre que s'il avait reçu un prêt d'argent du père de son pupille. Ce n'est que dans la dernière phrase qu'il examine comment sa dette sera recouvrée au nom du pupille et qu'il parle de l'*actio tutelae*, phrase qui est suspectée d'interpolation par Peters⁽⁶⁾. Mais, même en admettant cette interpolation que la forme incorrecte fait présumer, il semble incontestable, néanmoins, qu'Ulpien prévoyait une poursuite intentée par le cotuteur par voie d'*actio tutelae*. Car, d'une part, c'est bien le cotuteur qui serait chargé de

(6) PETERS (Z., *Generelle und Spezielle Aktionen*, t. XXXII, p. 239) indique, comme preuves de l'interpolation, les termes de basse latinité : *ex qua causa* (avec le sens de : en conséquence), *effectum habere* et l'emploi de l'indicatif dans le style indirect : *imputabitur cur non egerunt*.

poursuivre, au cas, réputé analogue, d'un prêt d'argent consenti à son collègue, le recouvrement de cette dette, pour le compte de la tutelle. D'autre part, seule, compète l'*actio tutelae* pour le règlement de compte d'une tutelle.

Par conséquent, nous pouvons prêter sans inquiétude l'opinion suivante à Ulpien : L'*actio tutelae*, en raison de son caractère d'action en règlement de comptes, ne peut pratiquement jamais être intentée par les cotuteurs, puisque l'existence de ceux-ci implique une tutelle en cours, pour laquelle le solde de comptes est impossible à déterminer de manière définitive. Mais, dans les cas exceptionnels, où il y a simultanément tutelle clôturée et cotuteurs en fonctions, ceux-ci peuvent, comme le pourrait le pupille, s'il n'était pas incapable, et, en son nom, intenter l'*actio tutelae*, pour règlement des comptes de la tutelle clôturée.

Papinien (7) fait sien le raisonnement d'Ulpien, dans un fragment où il déclare que le tuteur qui n'a pas voulu poursuivre au nom du pupille l'héritier solvable de son collègue est substitué à cet héritier dans la responsabilité.

En effet, quelle est l'action que le cotuteur devait exercer contre l'héritier solvable de son collègue? L'*actio tutelae* sans nul doute. Pourquoi était-il de son devoir de l'exercer? Parce que, dans l'espèce envisagée, la tutelle, telle qu'elle existait du vivant du tuteur dont l'héritier devait être poursuivi, avait été close par la mort de ce tuteur (8), qu'un règlement de comptes était donc possible.

(7) PAPINIEN (*L. 5 respons.*), *D.*, 26, 7, 39, 16, cité *supra*, p. 131, n. 38. La fin du texte, qui étend cette solution au cas où le tuteur a négligé de dénoncer son collègue, est interpolée.

(8) Une tutelle dont un des tuteurs disparaît se clôt nécessairement en raison de la responsabilité de tous dans les actes de chacun, que nous étudierons plus loin. Si, en pratique, on ne faisait qu'un règlement de comptes à la puberté du pupille, il n'en reste pas moins que le règlement afférant à l'administration antérieure au décès était possible juridiquement à l'instant du décès.

L'opinion d'Ulpien, corroborée par celle de Papinien, n'est pas en contradiction avec les deux premières solutions que nous avons examinées et qui étaient négatives, quant à l'exercice de l'*actio tutelae* par les cotuteurs. En effet, aussi bien dans le cas envisagé par Modestin que dans celui indiqué par Paul, il n'y avait pas place pour un règlement de comptes.

Modestin prévoit une tutelle en plein exercice dont l'un des tuteurs a été envoyé en exil. Pour que cet exil entraîne clôture de la tutelle, il faudrait qu'il soit définitif; or, rien ne le dit dans le texte (9). S'il s'agit, au contraire, d'un exil temporaire, la tutelle est non pas terminée, mais suspendue; donc, pas de règlement de comptes possible.

Paul, en ce qui le concerne, suppose une tutelle en cours, les mots *cum plures tutelam gerunt* le prouvent. Là encore, pas de place pour un règlement de comptes.

.....

C'est pourquoi nous pouvons mettre au rang des prérogatives des cotuteurs l'exercice de l'*actio tutelae* au nom du pupille contre l'un de leurs collègues, aussi bien pour le droit classique que pour le Bas-Empire⁽¹⁰⁾, tout en constatant que, hormis certains cas exceptionnels, ils ne pouvaient pratiquement intenter ladite action puisqu'elle naît seulement au jour de la clôture de la tutelle, pour laquelle elle est intentée.

§ 2. — *Le privilegium pupilli.*

Papinien refuse le *privilegium pupilli* au cotuteur ou à ses ayants cause contre un collègue⁽¹¹⁾. Mais nous ne pou-

(9) D'ailleurs, même exilé définitivement, un citoyen peut conserver l'espoir de rentrer dans sa patrie à la suite d'un retour en grâce et de reprendre ses fonctions autrefois assumées.

(10) Aucune raison, à notre avis, pour un changement de droit.

(11) PAPINIEN (*L. 1 defin.*), *D.*, 26, 7, 42 : *Ex pluribus tutoribus in*

vons tirer de cette opinion aucun argument relativement à l'*actio tutelae*.

D'abord, dans l'espèce envisagée par Papinien, il est question de l'ayant cause d'un tuteur condamné pour le tout qui exerce son recours contre ses collègues. Il agit donc dans son intérêt exclusif, et non pas *nomine pupilli*.

Ensuite, le motif pour lequel le *privilegium pupilli* est refusé ici au cotuteur et à ses ayants droit est spécial. Ce privilège est une faveur accordée, non à la cause (*privilegium causae*), mais à la personne. Papinien le dit expressément : *non enim « causae » sed « personae » succurritur quae meruit praecipuum favorem.*

Par conséquent, le refus du *privilegium pupilli* et l'octroi de l'*actio tutelae* aux cotuteurs sont bien deux questions totalement différentes qui trouvent leurs solutions contraires dans des arguments distincts, particuliers à chacune d'elles.

solidum unum tutorem iudex condemnavit. In rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur : non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

TITRE V

RESPONSABILITÉ DES COTUTEURS

La question de responsabilité se pose dans des termes absolument différents, suivant qu'il s'agit de tuteurs ayant participé à la gestion ou de tuteurs s'étant au contraire tenus à l'écart de la gestion : tuteurs *cessantes*.

Nous examinerons donc successivement la responsabilité des tuteurs gérants et celle des tuteurs *cessantes*. Nous terminerons en traitant dans un troisième chapitre du concours des responsabilités entre cotuteurs et magistrats.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITE DES COTUTEURS GERANTS

Lorsque plusieurs personnes sont tenues ensemble d'une même dette, nous savons que la responsabilité de chacune pour le tout peut être de deux sortes; du moins, c'est l'opinion généralement admise et en particulier celle de MM. Cuq et Girard : la responsabilité solidaire proprement dite et la responsabilité *in solidum* (1).

(1) La distinction entre obligation solidaire et obligation *in solidum* n'est pas admise par certains auteurs (voir ASCOLI, *B. I. D. R.*, t. IV, p. 287; EISELE, *Archiv.*, t. LXXVII, p. 374; FERRINI, *Manuale di Pandette*, p. 356). Et comme le critérium pratiqué entre ces deux formes de responsabilité consiste dans l'effet extinctif de la *litis contestatio*, admis pour la solidarité, écarté pour l'*in solidum*, ces auteurs déclarent interpolés tous les textes qui refusent cet effet extinctif. M. Cuq justifie la différence entre les deux genres de responsabilité pour le tout, au point de vue de la *litis contestatio*, par leur différence de fondement. Et, sur cette base, son argumentation apparaît décisive. D'autre part, il se refuse à considérer comme interpolés, faute de preuves suffisantes, les textes rejetés par Eisele. Et, là encore, l'opinion du savant professeur nous semble irréfutable (voir Cuq, *op. cit.*, p. 378, n. 8, sur ULPEN, *D.*, 16, 3, 1, 43, voir également GIRARD, *op. cit.*, p. 788). D'ailleurs, nous verrons qu'indépendamment même de l'opinion de MM. Cuq et Girard, il est facile à l'aide des textes de démontrer l'existence de la responsabilité *in solidum* distincte de la solidarité proprement dite en matière de pluralité de tuteurs.

Cependant une théorie récente a de nouveau déclaré interpolés tous les textes écartant l'effet extinctif de la *litis contestatio*, en se basant sur la fameuse constitution de Justinien au C., 8, 40, 28, 2.

D'après cette théorie, puisque Justinien a supprimé l'effet extinctif de la *litis contestatio*, c'est que cet effet extinctif était de règle auparavant, et que, par suite, il n'y avait pas place, à l'Epoque Classique, pour la responsabilité *in solidum*. A ce raisonnement trois objections sont possibles :

1° Le fait que Justinien a supprimé l'effet extinctif de la *litis con-*

La première résulte généralement de la convention des parties (2) ou d'une clause testamentaire (3). Mais le droit

testatio implique évidemment l'existence de cet effet extinctif dans le passé, mais il n'implique pas qu'il se soit rencontré partout.

L'empereur substitue un droit commun nouveau au droit commun antérieur, mais il n'indique en rien que ce droit antérieur n'ait souffert aucune exception.

2° En déduisant de la célèbre constitution qu'à l'Epoque Classique la *litis contestatio* comportait un effet extinctif obligatoire, on en arrive à rejeter *a priori* non seulement tous les textes, et ils sont nombreux, qui posent la règle : *Non enim electione, sed solutione*, et qui, à l'examen, ne présentent aucun caractère suspect, mais encore ceux qui établissent le cumul en matière d'actions pénales (notamment DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN, C., 4, 8, 1).

En effet, s'il était impossible à l'Epoque Classique d'introduire une action en paiement contre un second débiteur, alors que la poursuite intentée contre le premier n'avait pas abouti, devait-il l'être *a fortiori* d'introduire une action pénale contre l'un des codélinquants, alors que l'on avait déjà obtenu satisfaction d'un autre.

Et ces conséquences nous apparaissent excessives.

3° Enfin, que dit en propres termes Justinien ? Après avoir rejeté pour l'avenir l'effet extinctif de la *litis contestatio* en matière de cautionnement (*mandatum pecuniae credendae* et fidéjussion), il décide d'appliquer cette nouvelle règle également aux codébiteurs solidaires : *Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes; sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat*.

Mais il faut entendre par codébiteurs solidaires, *rei promittendi*, les codébiteurs d'une obligation dérivée d'un contrat ou par extension d'un testament (en ce sens, PAPINIEN, cité *infra*, et CUQ, *op. cit.*, p. 376 et n. 6), c'est-à-dire les codébiteurs solidaires proprement dits par opposition aux codébiteurs *in solidum*, dont l'obligation commune dérive d'une faute.

Par conséquent, la décision de Justinien ne vaut que pour la solidarité contractuelle, à l'exclusion de la solidarité délictuelle ou quasi délictuelle. Et appuyer sur la constitution dont s'agit un raisonnement relatif à la *litis contestatio* en matière d'*in solidum*, c'est étendre abusivement la portée de cette constitution puisqu'elle n'envisage la *litis contestatio* que du point de vue de la solidarité.

(2) PAPINIEN, D., 45, 2, 9, pr., cité par CUQ, *op. cit.*, p. 376, n. 7.

(3) CELSE (L. 16 dig.), D., 31, 16 : *...nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri*.

romain a connu également une solidarité légale entre armateurs d'un même navire, entre marchands d'esclaves associés (4).

La seconde, au contraire, est fondée sur un délit commun ou tout au moins sur une faute commune (5).

Il s'agira, dans les textes que nous possédons sur la responsabilité, de distinguer ceux qui ont en vue la solidarité proprement dite de ceux qui envisagent l'*in solidum*.

A ce propos, il convient de remarquer que MM. Cuq et Girard semblent n'appliquer aux cotuteurs que la responsabilité *in solidum*, si bien que les textes qui traitent d'engagement de chaque tuteur pour le tout sont interprétés par eux comme se rapportant à cette dernière (6).

Nous estimons, quant à nous, qu'il n'est possible d'admettre la responsabilité *in solidum* que quand le texte précise une faute commune à la charge des cotuteurs, ou repousse l'effet extinctif de la *litis contestatio* (7) qui est la caractéristique de cette sorte de responsabilité. Sinon on

(4) PAUL, *D.*, 21, 1, 44, 1.

(5) CUQ, *op. cit.*, p. 378; GIRARD, *loc. cit.* Il y a lieu de noter une fois pour toutes que la qualification d'*in solidum* est purement arbitraire. Ce n'est qu'un moyen permettant de distinguer la responsabilité, à laquelle ces deux mots sont appliqués, de la solidarité. Mais l'expression *in solidum*, ainsi employée, n'a aucunement le sens de : pour le tout, qu'elle a dans les textes. Et ce serait s'abuser grandement que de considérer les textes comportant ces deux mots comme se rapportant à la responsabilité *in solidum* (voir notamment PAPINIEN, *D.*, 27, 3, 21, cité *infra*, p. 183).

(6) Nous verrons, par exemple, qu'ils étendent le bénéfice de cession d'actions ou le bénéfice de division aux tuteurs tenus *in solidum*, plutôt que d'admettre que le texte étudié concerne des tuteurs solidaires (voir *infra*, p. 171 et s.).

(7) La *litis contestatio* est un acte formel clôturant la procédure *in iure*, par lequel les parties se mettent d'accord sur la formule délivrée par le préteur, formule dans les limites de laquelle le juge sera appelé à statuer (voir CUQ, *op. cit.*, p. 877 et s.; GIRARD, *op. cit.*, p. 1070 et s.).

doit, ou bien conclure à une responsabilité solidaire proprement dite, lorsque le texte le permet sans hésitation possible, ou bien ne pas prendre parti ni pour l'une ni pour l'autre des deux formes de responsabilité et s'en tenir à l'idée très générale de responsabilité de chacun pour le tout.

C'est pourquoi nous étudierons successivement les trois sections suivantes :

- 1° Responsabilité *in solidum* des cotuteurs gérants;
- 2° Solidarité des cotuteurs gérants;
- 3° Responsabilité de chaque cotuteur gérant pour le tout.

SECTION I

Responsabilité *in solidum* des cotuteurs gérants.

On peut, sans texte, si l'on admet, avec MM. Cuq et Girard, que l'obligation *in solidum* dérive d'un délit ou d'une faute commis au cours d'une administration commune, conclure que les cotuteurs gérant en commun seront responsables *in solidum* du préjudice causé au pupille par leur gestion maladroite ou malhonnête.

M. Bonfante (8), dans cet ordre d'idées, décide que leur responsabilité sera solidaire dans les cas où ils sont poursuivis par voie d'*actio tutelae*. Nous ne partageons pas cette manière de voir.

En effet, les deux seules actions de la tutelle sont : l'action *rationibus distrahendis* et l'*actio tutelae*.

Or l'action *rationibus distrahendis* « est une véritable action délictuelle, qui n'existe qu'à raison d'actes de véritable

(8) BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, p. 467.

soustraction, qui, précisément pour cela, est au double et ne passe pas contre les héritiers. » (9).

Si donc les cotuteurs ne se sont rendus coupables que d'une faute commune dans la gestion, par exemple en vendant à vil prix ou en laissant dépérir un bien, on ne pourra les poursuivre par l'action pénale *rationibus distrahendis*, mais seulement par l'*actio tutelae* et, par suite, si l'on en croit M. Bonfante, ils seront tenus solidairement.

Or cette conclusion va contre la définition même de l'*in solidum*. C'est pourquoi la distinction de M. Bonfante ne peut être admise, à notre avis.

Sans doute l'action *rationibus distrahendis* entraînera-t-elle toujours une responsabilité ne s'épuisant pas par *litis contestatio*, et, si nous l'en croyons, susceptible de cumul (10), mais ceci ne veut pas dire que l'*actio tutelae* entraînera toujours une responsabilité solidaire. La nature de l'action intentée par le pupille contre ses tuteurs ne détermine pas la responsabilité de ces derniers. Seul le fondement de cette responsabilité commune donne à un engagement son caractère *in solidum*.

C'est dans cet esprit que nous examinerons les textes sur la question.

§ 1. — *Droit classique.*

A. — PRINCIPE.

Une loi d'Ulpien (11) décide que l'exécution d'une sentence obtenue par le pupille contre l'un de ses cotuteurs, à

(9) GIRARD, *op. cit.*, p. 226, d'après ULPEN, *D.*, 27, 3, 1, 20 et 23, M. CUQ, *op. cit.*, p. 216, donne une définition toute semblable.

(10) Ce cumul d'ailleurs est douteux. Aucun texte ne le précise alors qu'il en existe pour le préciser en matière d'*actio furti* par exemple : Cod. 4, 8, 1. Voir d'autre part *infra*, TRYPHONINUS, *D.*, 26, 7, 53, 1.

(11) ULPEN (*L. 1 disput.*), *D.*, 27, 3, 13.

raison du préjudice causé par un dol commun, profitera à l'autre, comme cela se passe en matière de commodat, de dépôt et de mandat.

... *Quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestitit ei qui conventus non est : licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatum est* (12).

Ce texte est soupçonné d'interpolation par Eisele (13). Que cela ne nous étonne pas. Eisele n'admet pas, nous l'avons vu, que dans certains cas l'effet extinctif de la *litis contestatio* soit écarté et de là conclut à l'inexistence d'une responsabilité *in solidum* distincte de la solidarité proprement dite, du point de vue de la *litis contestatio*.

Et précisément dans notre texte, il y a bien dérogation à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, puisque seul est indiqué comme libératoire pour les tuteurs le paiement effectué par l'un d'eux.

Il s'agit de savoir si les motifs qu'Eisele invoque, indépendamment de son opinion personnelle, sont fondés. Il signale : l'emploi de *praestare* sans complément, la répétition inutile de la même idée par les mots : *conventus* et *praestitisset*, la construction inaccoutumée de *deponere* avec le datif.

Remarquons que le défaut de complément à *praestitisset* s'explique par le *id quod praestitit* qui vient immédiatement

(12) Cf. *Bas*, 38, 3, 45, sch. 1 (HEIMBACH, t. III, p. 720). Le scholiaste fait une distinction qui nous apparaît intéressante. Si, dit-il, il s'agit d'un pur délit, *εἰ μὲν καθαρὸν ἐστὶ τὸ ἀμαρτάνειν*, comme le vol ou l'injure, chaque cotuteur sera poursuivi pour le tout (cumul des actions pénales). Donc la libération par le fait de l'exécution de la sentence par l'un d'eux ne sera admise que quand il s'agira d'un dol contractuel, non sanctionné par une action pénale. Mais cette opinion est contredite par TRYPHONINUS, *D.*, 26, 7, 53, 1, cité *infra*, concernant l'action *rationibus distrahendis*.

(13) EISELE, *op. cit.*, p. 456.

après. L'emploi de *conventus* avant *praestitisset* se justifie de même par le *non conventus* suivant, auquel il fait opposition. Quant à la construction de *deponere* avec le datif elle peut s'expliquer par ce fait que *quibus* est construit d'abord avec *commodare*, bien qu'il se rapporte également à *deponere*. L'argument ne vaudrait que si le texte comportait seulement *quibus deposita est*.

L'interpolation n'est donc pas prouvée, le texte garde toute sa valeur au point de vue du droit classique. Il envisage précisément la forme de responsabilité que MM. Cuq et Girard désignent sous le nom d'*in solidum*, et qui ne comporte pas l'effet extinctif de la *litis contestatio*. En effet, d'une part, il traite d'un dol commun des tuteurs, d'autre part, il indique que ceux-ci seront libérés par le paiement de l'un d'eux, ce qui exclut évidemment l'effet libératoire de la simple poursuite.

Et nous pouvons dire que ce texte suffit à lui seul à établir l'existence en matière de tutelle d'une responsabilité distincte de la solidarité proprement dite dans son fondement et au point de vue de la *litis contestatio*.

Nous avons encore, concernant également la responsabilité *in solidum*, deux textes, l'un d'Ulpien, l'autre de Paul, qui se complètent (14). Non seulement ils mentionnent l'effet extinctif de la *litis contestatio*, mais encore le premier est conçu en des termes à peu près identiques à ceux employés par Ulpien dans un autre texte, envisageant quant à lui indiscutablement une faute ou un dol commun (15). Voici ces textes :

(14) Le 1^{er} est au D., 27, 6, 7, 4; le 2^e au D., 27, 6, 8,

(15) ULPYEN, D., 16, 3, 1, 43, cité par Cuq, *op. cit.*, p. 378 et par GIRARD, *op. cit.*, p. 788 : *Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter, si cum altero agatur : non enim electione sed solutione liberantur*. Le texte prévoit une pour-

Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione.

Et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit (16).

Eux aussi sont suspectés d'interpolation. Suivant Alibrandi (17), on devrait lire dans le premier texte, après : *si plures sint qui auctores fuerunt*, « *litis contestatione cum uno facta ceteri liberantur* ». Et dans le second, selon Krueger, il faudrait remplacer *denegandam* par *dandam* (s.-ent. *actionem*).

On arrive ainsi à faire dire à des textes l'inverse de ce qu'ils disent effectivement, et le principe suivant lequel la *litis contestatio* produit obligatoirement un effet extinctif se trouve établi, en même temps qu'est ruinée la distinction entre solidarité et *in solidum*.

Mais nous ne voyons aucune raison qui nous autorise à rejeter ces textes ou à les modifier de fond en comble. Rien dans le style n'indique une main étrangère. Il y a même lieu de les retenir avec soin, car ils expriment trois opinions considérables, celle d'Ulpien, celle de Paul et celle de

suite engagée contre les dépositaires, sans préciser si cette poursuite est intentée à raison d'un dol ou d'une faute. En tout cas, la faute (dans le sens le plus large du mot) est indiscutable. Ou bien, en effet, les dépositaires se sont servis de l'objet du dépôt et alors ils ont commis un dol ou *furtum usus* (PAUL [*L. 2 Sentent.*], D., 16, 3, 29, pr.); ou bien ils n'ont pu le restituer, et alors ils ont commis une faute, puisqu'ils sont tenus de conserver ce qui leur a été remis en dépôt et de le rendre à la première demande (ULPIEN [*L. 30 ad Edict.*], D., 16, 3, 1, 22). Ceci revient à dire qu'en matière de dépôt, il y a toujours responsabilité *in solidum*, à l'inverse de ce qui a lieu en matière de tutelle (voir *infra*, p. 182 et 183).

(16) Est conçue dans le même esprit que ces deux textes la suite du passage précédent relatif au dépôt... *Proinde si ambo dolo fecerunt et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum.*

(17) ALIBRANDI, *Opere*, t. I, p. 182.

Sabinus, et, comme le précédent texte, justifient d'une façon indiscutable, si on les examine sans parti pris, la théorie de l'*in solidum*.

Un fragment de Julien appuie également cette théorie (18) :

Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur.

En autres termes, si l'un des deux tuteurs a été poursuivi en justice, l'autre ne sera pas dégagé.

Ce texte est indiqué avec juste raison par MM. Cuq (19) et Girard (20) comme se rapportant à la responsabilité *in solidum*, puisque, de même que les précédents, il implique l'absence d'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Enfin un dernier texte examine, non plus le cas des tuteurs de droit, comme les textes précédents, mais celui des tuteurs de fait, et décide que ces tuteurs seront responsables *vice mutua*, c'est-à-dire réciproquement (21).

Il s'agit de préciser si cette responsabilité réciproque est solidaire ou *in solidum*.

Notons qu'à la base même de l'administration des tuteurs, et indépendamment de toute faute particulière commise à son propos, il y a une irrégularité. Ils se sont immiscés dans une charge pour laquelle ils n'avaient aucune qualité. En effet, précise Papinien à qui ce texte est attribué, ils

(18) JULIEN (L. 21 dig.), D., 26, 7, 48, 1.

(19) CUQ, *op. cit.*, p. 378, n. 6.

(20) GIRARD, *op. cit.*, p. 789, n. 5.

(21) PAPINIEN (L. 5 respons.), D., 26, 7, 39, 9 : *Curatores testamento vel tutores inutiliter dati neque decreto praetoris confirmati negotia gesserunt. Vice mutua periculum praestare coguntur, cum officium sponte citra iuris adminiculum iniverint et qui fuit idoneus, decretum praetoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit.* A noter que BESELER (t. II, p. 42) indique comme interpolés : *curatores vel*, expression que nous savons être du Bas-Empire, et *citra iuris adminiculum*, qu'il considère comme une redondance contraire à la concision des Classiques.

ont été nommés par testament « inutilement », c'est-à-dire sans que la désignation vaille en droit, et en outre ils n'ont pas été confirmés par décret du préteur. Dans ces conditions, leur devoir était de faire désigner par le magistrat un tuteur, de manière que les biens du pupille fussent administrés par un tiers qualifié. Aussi peut-on considérer leur gestion effectuée sans droit, comme entachée d'une faute.

Par suite, si le règlement de comptes de leur administration irrégulière fait apparaître un solde à leur débit (22), alors même qu'aucune faute n'est à relever contre eux, doivent-ils être tenus *in solidum* vis-à-vis du pupille. Et c'est dans ce sens que doit s'entendre l'expression *vice mutua*.

B. — L'*IN SOLIDUM* ET LES BÉNÉFICES DE CESSIION D'ACTIONS
ET DE DIVISION.

Il nous reste maintenant à étudier trois textes beaucoup moins simples que les précédents, et qui donnent lieu à discussion. Ils parlent en effet des bénéfices de cession d'actions et de division, et l'un d'eux est cité par MM. Cuq et Girard à propos de l'*in solidum*. Mais nous avons peine, quant à nous, à reconnaître l'octroi de ces faveurs à des cotuteurs tenus en raison d'une faute commune.

1° Le premier, d'Ulpien (23), est ainsi conçu :

10. — *Nunc tractemus, si plures tutelam pupilli administraverint, pro qua quisque eorum parte conveniendus sit.*

11. — *Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum.* 12. — *Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo*

(22) Voir *infra*, p. 482 et 483.

(23) ULPYEN (L. 36 *ad Edict.*), D., 27, 3, 4, 10 à 14.

sunt dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. 13. — Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. 14. — Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit : quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus : nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.

Le début du texte s'exprime en des termes très vagues qui ne permettent pas, à première vue, de déterminer le genre de responsabilité dont il s'agit. Les derniers mots du § 10 : *pro qua quisque eorum parte conveniendus sit* sont déclarés interpolés par Eisele (24). Ils font en effet allusion au bénéfice de division qui est une création du Bas-Empire, en tant qu'appliqué à la cotutelle.

Aux §§ 11 et 12, il est question, au cas de gestion indivise, de faire bénéficier les tuteurs de la division de la dette commune par parts viriles, comme cela se passe pour les fidéjusseurs. Et le § 12 précise, ce qui rend l'analogie plus parfaite, que si tous ne sont pas solvables, la division s'effectue seulement entre ceux qui le sont.

Ces deux paragraphes sont aussi suspectés d'interpolation par Eisele. Indépendamment des arguments de style que celui-ci relève (25), il faut en effet tenir compte, ainsi que nous venons de l'indiquer, que le *beneficium divisionis*

(24) EISELE, *op. cit.*, p. 457, n° 75.

(25) Forme redondante et alambiquée du § 12 : *Sed etsi...*, solution de continuité entre les §§ 12 et 13, l'un traitant du bénéfice de division, l'autre du bénéfice de cession d'actions (EISELE, *loc. cit.*).

est une création du droit de Justinien. Les textes qui en traitent sont tous interpolés. Et M. Lévy⁽²⁶⁾ déclare, actuellement incontesté par les auteurs, que le bénéfice de division est byzantin⁽²⁷⁾.

Le § 13 traite du bénéfice de cession d'actions⁽²⁸⁾. Si, y est-il dit, l'un des tuteurs a été condamné par le fait d'un autre⁽²⁹⁾ ou pour une gestion commune, et que le pupille

(26) LÉVY, *op. cit.*, p. 26.

(27) Voir au sujet du bénéfice de division, *infra*, p. 196 et s.

(28) Sur le bénéfice de cession d'actions, voir *infra*, p. 183 et s.

(29) Quand il parle d'un tuteur condamné par le fait d'un autre, Ulpien fait allusion à un cas d'abstention dudit tuteur. Car, évidemment, s'il avait participé à la gestion, il en serait tenu *ex communi gestu* et la distinction entre les deux expressions *ex facto alterius tutoris* et *ex communi gestu* ne se concevrait pas.

Cependant WINDSCHEID (*op. cit.*, p. 620) comprend autrement les mots *ex facto alterius tutoris*. Ne supposant pas l'interpolation des §§ 11 et 12 qui précèdent, contrairement à ce que nous avons admis avec Eisele, la suite des idées l'amène à penser que le tuteur se trouve condamné pour le compte d'un collègue insolvable. En effet, le § 12 décide que, si tous les cotuteurs ne sont pas solvables, la responsabilité n'est divisée qu'entre ceux qui le sont. Par suite, l'insolvabilité d'un tuteur augmente la part des tuteurs solvables envers le pupille. Chaque tuteur solvable, qui paye la créance pupillaire, doit acquitter sa part virile de la dette, part à laquelle il est normalement tenu, plus sa quote-part de la part virile du collègue insolvable. Si, par exemple, il y a quatre tuteurs et que l'un soit insolvable, chacun des autres aura à payer : un tiers de la dette (un quart plus un douzième, soit quatre douzièmes), au lieu d'un quart. Et l'on peut dire, et c'est ce qu'entend Windscheid, que pour le douzième supplémentaire, il est tenu *ex facto alterius tutoris*.

Pour si subtile que soit l'explication de Windscheid, elle ne nous semble pas satisfaisante, parce que, nous l'avons dit, elle se base sur un passage qui, à notre avis, est interpolé et fait allusion au bénéfice de division, création du Bas-Empire.

Remarquons d'ailleurs que tels qu'ils sont reproduits aux Basi-
liques, les §§ 11, 12 et 13, laissent à penser que la responsabilité *ex facto alterius* résulte de ce que le tuteur poursuivi a payé en sus de sa part, du fait de l'insolvabilité d'un collègue, c'est-à-dire corroborent l'interprétation de Windscheid.

Bas., 38, 3, 1 (HEIMBACH, t. III, p. 713) : Ἐὰν πάντες ἐχέρισαν καὶ εὐπο-

ne lui a pas cédé ses actions, il pourra néanmoins exercer une action utile en vertu des décisions impériales.

Eisele suspecte uniquement dans ce paragraphe les mots : *condemnatus praestiterit* (30), qui n'ont, au point de vue du sens général, aucun intérêt.

Le § 14 est la suite logique du précédent et envisage le cas d'un dol commun, ayant donné lieu à une sentence judiciaire que l'un des cotuteurs a exécutée. Ulpien refuse la cession d'actions ou, à défaut, l'attribution d'une action utile. Il en donne la raison suivante :

La condamnation à la totalité subie par le cotuteur représente la peine de sa malhonnêteté. Aussi ne peut-on admettre une répartition entre les tuteurs de cette responsabilité, qui limite l'obligation de chacun à une part virile (31).

ρῶσι, κατὰ μὲμνησιν τῶν ἐγγνητῶν εἰς ἀνὰ μέρος ἐνάγονται. Εἰ δέ τινες ἀποροῦσιν, εἰς τοὺς εὐποροῦντας ἡ ἀγωγή διαίρεται, καὶ ὁ ἀπὸ διοικήσεως ὑπὲρ τοῦ συνεπιτρόπου καταβαλὼν, ἂν μὴ χωρηθῇ τὴν κατ' αὐτοῦ ἀγωγὴν, ἔχει κατ' αὐτοῦ οὐτίλιν.

Mais, encore une fois, cette signification de l'expression *ex facto alterius* n'a pu être dans l'esprit d'Ulpien, puisqu'elle se fonde sur l'extension à la tutelle du bénéfice de division, extension qui n'a été faite qu'au Bas-Empire. Les Basiliques comme Windscheid trahissent la pensée du jurisconsulte.

A moins que l'incidente *ex facto alterius* soit, comme les §§ 11 et 12, une adjonction justinienne, auquel cas l'interprétation de Windscheid serait parfaitement admissible. Mais rien ne le prouve.

(30) EISELE, *loc. cit.*, pense que ces mots sont de trop. Remarquons avec lui l'absence de complément à *praestiterit* et son emploi inexplicable au futur antérieur alors que le verbe suivant *mandatae sunt* est au parfait, comme il convient.

(31) Le mot *plane*, par lequel débute le § 14, est suspect, mais il ne peut suffire à lui seul à rendre douteuse toute la phrase. L'interpolation de celle-ci n'est d'ailleurs, à notre connaissance, soutenue par aucun critique.

Une constitution de DIOCLETIEN et MAXIMILIEN, C., 5, 51, 6, semble en sens contraire. La première partie du texte prévoit en effet l'hypothèse d'une vente interdite, compliquée de fraude sur le prix, conclue par un tuteur, ce qui constitue un dol indiscutable. Mais

L'examen des §§ 13 et 14 a amené M. Cuq⁽³²⁾ d'accord avec M. Girard⁽³³⁾ à formuler cette opinion :

« Le droit d'agir pour le tout peut être écarté dans l'obligation *in solidum* par l'effet du bénéfice de division; ce bénéfice est réservé aux débiteurs tenus d'une action de bonne foi qui n'ont commis aucun dol. Le débiteur *in solidum* peut aussi, lorsqu'il paye toute la dette et qu'il est exempt de dol, invoquer le bénéfice de cession d'actions. »

En somme, ces deux auteurs estiment que le § 13 envisage une responsabilité *in solidum* dérivée d'une faute, alors que le § 14 envisage une responsabilité *in solidum* dérivée d'un dol. Nous ne partageons pas cette opinion et nous ne sommes rien moins que certain que le § 13 en question s'applique à une responsabilité *in solidum*, pas plus d'ailleurs que ne s'y appliquent, à notre avis, les paragraphes précédents, prévoyant l'octroi du bénéfice de division.

Nous savons en effet simplement, d'une part, à nous en tenir aux termes des §§ 10, 11 et 12, que les tuteurs ont administré ensemble, et, d'autre part, à nous en tenir aux termes du § 13, que l'un des tuteurs a été condamné envers le pupille *ex facto alterius* ou bien *ex communi gestu*.

Mais la cession d'actions, prévue par le texte, ne peut être accordée à un tuteur poursuivi *ex facto alterius* que s'il est

est-ce cette même hypothèse que la seconde partie a en vue, quand elle attribue le bénéfice de cession d'actions à celui des tuteurs qui est poursuivi? L'imprécision du texte ne permet pas de répondre, si bien que l'on peut soutenir que la seconde hypothèse diffère de la première et prévoit seulement le remboursement des sommes encaissées à la suite d'une vente indépendamment de tout dol.

(32) Cuq, *op. cit.*, p. 379.

L'auteur se réfère également à PAPINIEN, *D.*, 27, 7, 7. Mais ce texte parle des fidéjusseurs d'un tuteur et non des cotuteurs. La question est donc bien distincte, car, s'agissant de fidéjusseurs, il n'y a évidemment pas faute commune.

(33) GIRARD, *op. cit.*, p. 790.

exempt de faute. Car nous verrons dans le chapitre suivant que si un tuteur s'est abstenu sans droit de gérer, il n'est responsable de la gestion de son collègue qu'à titre subsidiaire et que par voie d'action utile, en raison précisément de sa carence injustifiée. Sa responsabilité est donc complètement distincte de celle du gérant, puisqu'elle est sanctionnée par une autre action et qu'elle a un autre rang et une autre cause. Et le bénéfice de cession d'actions, qui ne peut exister qu'entre débiteurs tenus d'une même dette et au même rang, solidarité ou cautionnement (34), ne peut se concevoir à son profit.

Il ne peut donc s'agir ici que d'un tuteur qui n'a pas participé à la gestion, en raison d'une exclusion régulière. Ce tuteur, en effet, est tenu en principe au même rang et par la même action que le tuteur gérant, comme s'il avait géré effectivement. On peut donc concevoir à son profit la cession d'actions.

Mais, ainsi comprise, l'incidente *ex facto alterius* ne précise pas la nature de la responsabilité : celle-ci ne peut être *in solidum* que dans le cas où le gérant a commis des fautes, ce que nous ignorons, d'après le texte.

Quant à l'incidente *ex communi gestu*, elle nous indique seulement qu'il y a eu gestion en commun, sans préciser si la responsabilité de cette gestion repose sur une faute commune ou simplement sur des actes passés au nom du pupille et l'ayant rendu créancier de ses tuteurs, c'est-à-dire si elle est *in solidum* ou solidaire proprement dite (35).

En outre, est-il admissible d'accorder la faveur du bénéfice de cession d'actions ou du bénéfice de division à des cotuteurs tenus *in solidum*, même s'ils n'ont commis

(34) Voir *infra*, p. 183.

(35) Voir *infra*, p. 182 et s.

qu'une simple faute? C'est ce que nous ne pensons pas.

M. Cuq lui-même (36) déclare :

« Rigoureusement chacun des codélinquants est aussi coupable que s'il avait seul commis la faute; on pourrait exiger de chacun réparation de la faute commise, mais cette conséquence, admise pour certaines actions pénales [37], a été écartée pour l'action en indemnité, pour une raison d'équité. » (38).

(36) Cuq, *op. cit.*, p. 378, n. 8.

[37] Il est intéressant de rapprocher de l'opinion de M. Cuq un texte de Tryphoninus (D., 26, 7, 55, 1) où la question est posée de savoir si des tuteurs ayant détourné un bien de leur pupille restent tenus en vertu de l'action au double de la loi des Douze Tables, encore que l'un d'eux ait exécuté la sentence : *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur*. Tryphoninus rappelle d'abord la solution adoptée en pareil cas, quand il s'agit de vols ordinaires : *nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est*. Mais il note ce fait que les tuteurs sont des administrateurs de la chose d'autrui et non des voleurs purs et simples : *Sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere*. Et il décide que, conformément à l'opinion généralement admise, un seul tuteur ne peut être tenu à la fois du paiement du double et de la valeur de la chose en vertu d'une *condictio* : *nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie condictiois aut ipsam rem aut eius estimationem*. La réponse ne se rapporte pas à la question posée. Mais la phrase *Sed tutores...* indiquerait plutôt que l'action *rationibus distrahendis* (l'action pénale du texte) est éteinte par la prestation d'un seul, contrairement à l'opinion de M. Bonfante (cité *supra*, p. 162, n. 10). Il faut cependant tenir compte que ce fragment est, par son allure générale, très suspect et que Binder (*Korreobligationen*, p. 347) n'hésite pas à le considérer comme interpolé et à l'attribuer à Tribonien.

(38) M. Cuq (*loc. cit.*) cite, à l'appui du refus de l'action en indemnité à la victime qui a déjà obtenu satisfaction contre un autre délinquant : PAUL (L. 12 *ad Edict.*), D., 27, 6, 8 (argument *a contrario*), ULPEN (L. 69 *ad Edict.*), D., 43, 16, 1, 13.

Et c'est sur cette idée que l'éminent professeur fonde la survivance de la responsabilité *in solidum* à la *litis contestatio* intervenue contre l'un des cotuteurs : puisque chaque cotuteur encourt la responsabilité totale, à titre de peine, il convient de permettre au pupille de s'adresser à chacun successivement, jusqu'à parfait payement, comme si, en réalité, le pupille n'avait pas un seul recours contre tous, mais autant de recours que de cotuteurs pour le tout.

L'idée sur laquelle Ulpien, au § 14, justifie son refus de la cession d'actions aux cotuteurs d'un dol est identique : *neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit : quae res eum indignum fecit...*

Si, au point de vue de la *litis contestatio*, ce raisonnement s'applique indifféremment au cas de faute comme à celui de dol, quel motif y aurait-il d'admettre qu'au point de vue du bénéfice de cession d'actions, il s'applique au cas de dol, comme le prévoit Ulpien, mais non au cas de faute?

Si, au cas de simple faute, il est naturel que chaque cotuteur soit poursuivi jusqu'à ce que le pupille se trouve dédommagé de l'intégralité du préjudice causé en commun, parce que chacun mérite d'être condamné pour le tout, il est naturel également de ne donner à celui qui a payé aucune facilité pour recourir contre ses collègues : lui en donner, ce serait en effet reconnaître qu'il n'a encouru qu'une peine limitée à une part virile de la responsabilité commune; et, par conséquent, admettre deux raisonnements contradictoires, suivant que l'on se placerait au point de vue de la *litis contestatio* ou au point de vue de la cession d'actions.

Si donc Ulpien, au § 14, n'envisage que le dol, ceci n'implique certainement pas qu'il exclue de son raisonnement la faute et qu'il admette pour elle la cession d'ac-

tions tout en la refusant pour le dol. Il est vraisemblable, au contraire, qu'il refusait aussi bien au cas de faute que de dol la cession d'actions (39), de même qu'il admettait avec les autres jurisconsultes indifféremment au cas de faute ou de dol l'absence d'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Quant au § 13, il concernait une responsabilité commune indépendante de toute faute, ne comportant pas l'*in solidum*. Et la même solution doit être appliquée aux §§ 11 et 12, introduits par les compilateurs, relativement au bénéfice de division.

2° Le second texte à examiner est attribué à Papinien. Il s'agit de plusieurs tuteurs, qui se sont abstenus de gérer, c'est-à-dire se sont comportés en *cessantes suo periculo* (40).

Dans le § 2 qui nous intéresse, Papinien s'exprime en ces termes :

Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat. Sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?

Ce passage est d'ailleurs suspecté d'interpolation. M. Lévy (41) rejette toute la phrase : *Sed... desiderari* qui, d'après lui, est intimement liée à une phrase précédente du § 1, suspecte également et qui est ainsi conçue :

Si quidam ex his idonei non sint, onerabantur sine dubio ceteri, nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.

(39) Ou l'octroi d'une action utile à défaut de cession.

(40) PAPINIEN (*L. 12 quaest., D., 26, 7, 38, pr., 1 et 2*). L'irrégularité de leur abstention résulte du contexte.

(41) LÉVY, *Konkurrenz*, p. 236, et *Haftung mehrerer Tutoren*, p. 71, n. 3.

Dans les deux passages, en effet, il s'agit de *contumacia*. Dans la phrase que nous venons de citer, M. Lévy justifie l'interpolation sur le fait qu'il est question du refus du bénéfice de division et que ce bénéfice n'a été connu en matière de tutelle qu'au Bas-Empire.

Cette opinion nous semble exacte : nous croyons qu'en effet les mots : *si quidam ex his idonei non sint, onerabantur sine dubio ceteri* font allusion au bénéfice de division et nous verrons plus loin que cette faveur n'a été accordée aux tuteurs que sous Justinien (42). Aussi, d'accord avec M. Lévy comme avec Binder (43) et Eisele (44), sommes-nous d'avis de rejeter ces mots du texte original.

Mais pourquoi éliminer à leur suite l'incidente relative à la *contumacia*? Il y a eu effectivement une faute à la charge des auteurs, consistant précisément dans le fait de s'être abstenus de la gestion. Cette incidente apparaît comme le motif de la responsabilité de chacun pour le tout énoncée par le début du fragment et prenait vraisemblablement place à sa suite, pour en justifier la solution (45).

(42) Voir *infra*, p. 200 et 201.

(43) BINDER, *op. cit.*, p. 296 et 345.

(44) EISELE, *op. cit.*, p. 438.

(45) Le début du texte est ainsi conçu : *Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.*

Il est suspecté par de nombreux auteurs, EISELE (*loc. cit.*) le juge dans sa majeure partie interpolé; M. Bonfante (*Inst.*, p. 366) soupçonne les mots : *ut eiusdem pecuniae debitores*; M. Solazzi (*Riv.*, t. LIV, p. 43) rejette l'incidente *et omnes solvendo sint*, qui suppose le bénéfice de division; Binder (*loc. cit.*) déclare *utrum* et la proposition *ut eiusdem... societatem* interpolés; enfin Krueger (*Z.*, t. XXII, p. 222) restreint l'interpolation à *utrum* et à *an* et remplace *debebunt* par *debeant*.

Quelle qu'ait pu être la teneur originale de ce passage, il nous semble

En outre, si même tout le § 1 est interpolé, on n'a aucune raison d'admettre, par analogie, l'interpolation du § 2 qui nous intéresse, sous prétexte que lui aussi fait allusion à la *contumacia*, puisque, nous venons de le dire, cette notion est conforme à l'esprit du texte.

Aussi sommes-nous d'avis de retenir la phrase *Sed cum... desiderari*, d'accord sur ce point avec M. Solazzi.

Quant à la phrase précédente *Unde quaerendum est... debeat* il y a lieu d'en rejeter, avec M. Solazzi (46) : l'incidente *pro parte scilicet*, où le mot *scilicet* est suspect, et le mot *solus*, qui n'ajoute rien au sens général.

Nous avons alors un passage ainsi conçu : *Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui convenitur in alterum praestare debeat. Sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?*

En d'autres termes, si des tuteurs ont commis une faute commune en s'abstenant de gérer et que l'un d'eux soit poursuivi par le pupille, il ne pourra lui être accordé le bénéfice de cession d'actions, parce que la condamnation au tout représente la peine méritée par chacun, du fait de son abstention.

Le raisonnement appliqué ici par Papinien à une simple faute est celui-là même qu'appliquait Ulpien, dans le texte précédent, à un dol. Les motifs se ressemblent étrangement : *Quia proprii delicti poenam subit*, disait Ulpien, *cum propria cuiusque contumacia puniatur*, déclare Papinien.

Ainsi donc une faute commune, comportant par définition une responsabilité *in solidum* entre ses auteurs, ne donne pas

en tout cas qu'il admettait la responsabilité de chacun pour le tout : le début non suspecté du § 2, *Unde quaerendum est an actiones pupillus, ei qui solus convenitur...* le prouve.

(46) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 43, n. 1.

droit au bénéfice de cession d'actions (et évidemment à l'action utile).

C'est précisément ce que nous avons décidé à propos du précédent texte d'Ulpien et de l'interprétation du § 13 de ce texte.

En rapprochant l'opinion du § 14 d'Ulpien et celle de Papien, on a la preuve que, s'agissant d'une simple faute ou d'un dol, les tuteurs sont tenus en commun *in solidum*, sans que celui qui a réglé le pupille ne puisse lui réclamer aucun bénéfice pour exercer son recours contre ses collègues.

3° Le troisième et dernier texte qui nous reste nous empêche malheureusement d'admettre que la solution de Papien concernant la faute, la seule logique, à notre avis, ait été la seule admise à l'Epoque Classique, car il en comporte une absolument opposée. C'est un texte d'Antonin le Pieux, dans lequel il s'agit d'un cotuteur qui a été condamné par défaut pour une faute non personnelle, *non ex propria culpa*. Antonin lui conseille, quand il exécutera la sentence, de demander en justice à la pupille la cession de son action contre les cotuteurs ou à défaut d'exercer une action utile (47).

Nous pouvons déduire de l'incidente *non ex propria culpa* qu'il s'agit d'une faute commune : nous sommes en présence de responsabilité *in solidum*.

Nous pouvons en déduire également qu'il s'agit de la faute d'un collègue. C'est ainsi que les Basiliques (48) interprètent l'expression *non ex propria culpa* : ὑπὲρ τῶν συνεπιτρόπων. Mais ceci revient à dire, comme dans le cas précédent, qu'il s'agit d'une responsabilité *in solidum*.

(47) ANTONIN LE PIEUX. C., 5, 58, 2 : *Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus adquievisti, cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actiones adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione uteris.*

(48) Bas., 38, 18, 2 (HEIMBACH, t. III, p. 783).

En effet, la constitution d'Antonin le Pieux prévoit, nous l'avons vu, l'attribution au cotuteur condamné du bénéfice de cession d'actions. Or ce bénéfice ne peut se concevoir, nous le savons (49), que si le tuteur condamné *pro cotutore* s'est à bon droit abstenu de gérer. Nous verrons enfin (50) que s'il s'est abstenu à bon droit de gérer, il est responsable au même titre que le gérant. Donc, puisque celui-ci s'est rendu coupable d'une faute de gestion, son collègue sera tenu avec lui *in solidum*.

Par conséquent, quel que soit le sens que l'on donne à l'incidente *non ex propria culpa* (51), il faut conclure du texte d'Antonin le Pieux, contrairement à la solution de Papinien, que l'obligation *in solidum*, dérivée d'une simple faute, donne droit à la cession d'actions ou à une action utile.

Ne perdons pas de vue qu'Antonin le Pieux a vécu antérieurement à Papinien (52); ceci complique encore la question.

Deux hypothèses sont possibles :

Le texte d'Antonin le Pieux est pur et il faut supposer une contrariété d'opinion entre l'empereur et le jurisconsulte. Par mesure de sollicitude, le premier a pu accorder le bénéfice de cession d'actions, tandis que les jurisconsultes du siècle suivant, plus fidèles interprètes du droit, ont pu réagir contre cette faveur, en montrant son incompatibilité avec le principe de la peine.

(49) Voir *supra*, p. 172.

(50) Voir *supra*, p. 224 et s.

(51) A notre avis, dans le mot *proprius*, il y a l'idée de possession exclusive, si bien que *non proprius* signifie « qui n'est pas exclusif à quelqu'un, qui lui appartient en commun avec d'autres ». Par suite, la première interprétation nous semble plus conforme au texte.

(52) Papinien a été préfet du prétoire sous Septime-Sévère, en 205, Antonin le Pieux a régné entre 138 et 161 (Goussier, *Chronologie de l'empire romain*, p. 204, 214 et 254).

Ou bien, en seconde hypothèse, il faut supposer une interpolation. *Propria* serait une adjonction des compilateurs à la phrase originale *Si non ex culpa solus...*, phrase éliminant le cas d'une faute commune, pour envisager celui d'une réclamation du compte de tutelle, tel qu'il résulte des contrats et actes passés au nom du pupille. Cette interprétation serait parfaite car, d'une part, la réclamation dont s'agit ne donne pas lieu à *in solidum*, puisqu'il n'y a pas faute, mais, nous le verrons, à solidarité entre les tuteurs, et, d'autre part, l'admission du bénéfice de cession d'actions, en matière de solidarité, n'est pas douteuse (53).

Cette hypothèse a l'avantage de corroborer le texte de Papinien au lieu de le contredire. Mais ce seul mérite ne suffit pas pour justifier une préférence à son égard.

Du moins pouvons-nous considérer l'opinion de Papinien comme plus juridique et plus conforme aux principes du droit romain que celle d'Antonin le Pieux si celle-ci n'est pas interpolée.

§ 2. — Droit du Bas-Empire.

La responsabilité *in solidum* a dû se maintenir en notre matière, comme elle s'est maintenue ailleurs (54). En effet, la nouvelle tendance à rendre obligatoire le *suspectum facere* n'a pu avoir aucune répercussion sur l'*in solidum*, puisque l'idée de défaut de surveillance est inapplicable en l'espèce, tous les tuteurs ayant participé à l'acte frauduleux ou simplement préjudiciable au pupille. Mais nous n'avons aucun texte pour nous l'indiquer expressément.

D'autre part, il s'agit de savoir si les bénéfices de cession

(53) Voir sur la question de la cession d'actions au cas de solidarité, *infra*, p. 183 et s.

(54) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 843, n. 5.

d'actions et de l'action utile et le bénéfice de division, qui est venu, à cette époque, s'adjoindre aux premiers, ont été accordés.

A supposer l'interpolation du mot *propria* dans le texte d'Antonin le Pieux, on doit répondre affirmativement. Mais cette interpolation n'est pas certaine.

Et admettre que dès Antonin le Pieux le bénéfice de cession d'actions a été accordé au cas d'*in solidum* n'implique pas que le Bas-Empire ait fait prévaloir cette solution à celle de Papinien : au contraire, celle-ci étant plus juridique que celle-là et plus récente.

En un mot, le droit du Bas-Empire en notre matière est impossible à préciser.

.....

Nous dégagerons de cette étude de la responsabilité *in solidum* les idées suivantes :

1° La théorie de MM. Cuq et Girard sur l'*in solidum* est confirmée, en matière de tutelle, par les textes de l'Epoque Classique, qui envisagent une responsabilité dérivée d'une faute ou d'un dol, et rejettent l'effet extinctif de la *litis contestatio*, pour admettre, à sa place, le caractère libératoire de l'exécution de la condamnation.

2° Ulpien refuse l'octroi du bénéfice de cession d'actions et, à défaut, celui de l'action utile aux tuteurs tenus *in solidum* au cas de dol. Papinien leur refuse ces bénéfices même au cas de simple faute. Mais un texte d'Antonin le Pieux, sauf interpolation incertaine, les leur accorde au contraire dans ce dernier cas. Il semble que la solution la plus admise comme la plus juridique ait consisté à refuser à des tuteurs tenus d'une faute commune, qu'il s'agît d'une faute dolosive ou non, toute faveur tendant à limiter leur responsabilité à une part virile, puisque chacun méritait, en son nom personnel, à titre de peine, la condamnation totale

3° Il est impossible de dire, en l'absence de textes, quelle a été la solution du Bas-Empire, voire même de la présumer.

SECTION II.

Solidarité des cotuteurs gérants.

Un tuteur peut être débiteur à l'égard du pupille sans avoir commis de faute dans sa gestion.

Supposons qu'il ait touché une créance pupillaire ou encaissé le prix de vente d'un des biens dont il a la charge : il devra remettre au pupille, à la fin de la tutelle, les fonds qu'il détient. Il se trouvera donc débiteur de ce chef, sans qu'une faute quelconque ne lui soit reprochée, puisque les Romains ne connaissaient pas l'obligation de remploi. Cette source de dettes du tuteur correspond, à l'opposé, aux créances qu'il peut avoir contre le pupille en raison du paiement d'une dette de celui-ci ou de l'avance du prix d'un bien acquis pour son compte.

Si l'administration de la tutelle a été attribuée à plusieurs cotuteurs au lieu d'un seul, il s'agit de savoir comment tous seront responsables vis-à-vis du pupille du compte de gestion tel que nous venons de le définir, c'est-à-dire constitué par des sommes encaissées par les cotuteurs pour le compte du pupille (35).

(35) Il est bien entendu que toute créance de dommages-intérêts doit être exclue : si les dommages-intérêts que réclame le pupille se basent sur une faute commune, il y a entre les cotuteurs une responsabilité *in solidum*. Si, au contraire, ces dommages-intérêts ne résultent que de la faute isolée d'un des cotuteurs, est responsable en premier rang seul l'auteur de cette faute et en second rang, en tant que *cessantes suo periculo*, ses collègues (voir *infra*, p. 214 et s.), à moins que lesdits collègues aient été régulièrement écartés de la gestion, auquel cas ils sont tenus pour le tout soit solidairement, soit *in solidum* (voir *infra*, p. 224 et s., et l'exception prévue au cas d'exclusion par testament).

Ce solde sera-t-il partagé entre eux par parts viriles ou, au contraire, les cotuteurs en seront-ils tenus « solidairement », telle est la question que nous nous efforcerons de résoudre.

En tout cas, et ce point ne nous semble pas contestable, on ne peut admettre que cette source de dettes commune établisse entre les tuteurs une responsabilité *in solidum*. Ce serait, en effet, oublier que cette responsabilité repose essentiellement sur la notion d'une faute commune et perdre de vue que l'absence d'effet extinctif de la *litis contestatio* qui la caractérise, ne se justifie que par son fondement délictuel ou quasi délictuel (36).

§ 1. — *Bénéfice de cession d'actions.*

Il convient de remarquer tout d'abord qu'en règle générale le bénéfice de cession d'actions concerne les fidéjusseurs dans leurs rapports avec le débiteur principal. C'est un des avantages accordés, à l'Epoque Classique, aux cautions. Mais ce bénéfice, bien que n'ayant pas été prévu pour les débiteurs solidaires, leur a été appliqué (37). Nous n'aurons donc pas à nous étonner de le voir également accordé aux tuteurs solidaires.

Mais qu'est-ce que la cession d'actions?

C'est la remise, par un créancier, à la caution ou au débiteur solidaire, dont il obtient paiement, de ses actions contre ses débiteurs.

Personnellement un codébiteur solidaire, qui a réglé le

(36) CUQ, *op. cit.*, p. 378, n. 8, cité *supra*, p. 173.

(37) En ce sens : PAPINIEN, *D.*, 24, 2, 63; DIOCLETIEN, *C.* 8, 40, 2; MARCELLUS, *D.*, 49, 2, 47 cités par CUQ, *op. cit.*, p. 376, n. 3. L'opinion contraire est indiquée par ACCARIAS (t. II, p. 131).

montant d'une créance, n'a de recours vis-à-vis de ses collègues qu'en vertu, soit de l'action *mandati*, s'il a payé sur leur ordre, soit de l'action *pro socio* ou *communi dividundo*, s'il existe entre tous des rapports de société. Si non, il n'a aucune action (58).

Du fait de la cession d'actions, il a un recours avantageux, puisqu'il profite des garanties attachées aux actions qui lui sont accordées : sûretés réelles, sûretés personnelles, *privilegia causae* (59).

Pratiquement donc, le bénéfice de cession d'actions rend de réels services au codébiteur solidaire à qui il est consenti. Mais juridiquement, comment l'expliquer?

En effet, le paiement éteint la créance et, avec elle, nécessairement les actions qui la sanctionnent et les sûretés qui la garantissent. Par conséquent, comment concevoir que le codébiteur ayant réglé la dette commune puisse ensuite introduire en justice une action qui s'est éteinte au moment et par le fait même de son paiement?

Cette difficulté a été tournée par la jurisprudence, qui a réalisé là une de ses plus heureuses créations. Voici son raisonnement :

Le règlement effectué par le codébiteur ne vaut pas paiement, donc n'entraîne pas extinction des actions du créancier. Il est considéré comme l'acquisition, pour un prix égal au montant de la créance, de ces actions. Le débiteur ne rem-

(58) En ce sens *Cuq, op. cit.*, p. 376, et *GIRARD, op. cit.*, p. 787.

(59) La concession des *privilegia causae*, par opposition au *privilegia personae*, résulte d'un texte de Papinien, *D.*, 26. 7. 42 (*supra*, p. 155 et 156). Mais, selon *M. Cuq*, ce texte, qui prévoit un cas de cession forcée, n'aurait pas nécessairement valeur de preuve au cas de cession volontaire, si bien qu'en définitive tous les privilèges *causae* ou *personae* seraient cessibles par le créancier à la caution ou au codébiteur. (*Cuq, op. cit.*, p. 640, n. 11.)

bourse pas une dette, il achète des actions. C'est ce que déclare Paul en termes formels : *non enim in solutum accipit* (s.-ent. *creditor*), *sed quodammodo nomen debitoris vendidit*... (60).

Cette construction de la jurisprudence est valable quand il s'agit d'un paiement volontaire intervenu de la part d'un des codébiteurs en dehors de toute instance. En sera-t-il de même si la cession d'actions est demandée au cours d'une poursuite judiciaire intentée par le créancier?

C'est ce second aspect de la question que Papinien envisage dans un texte que nous allons étudier et qui examine la solidarité entre cotuteurs (61).

Car il convient de noter que ce fragment s'applique à la solidarité et non à la responsabilité *in solidum*, ainsi que nous allons le démontrer.

Papinien s'exprime en ces termes : *Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem iudex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur*.

L'un des cotuteurs d'un pupille a été condamné pour le tout : *in solidum*. Mais il a obtenu auparavant du pupille cession de ses actions, en vue d'exercer son recours contre ses collègues. Cette cession d'actions reste valable, dit le texte, malgré le jugement.

Une première question se pose : s'agit-il bien de solidarité proprement dite? Oui, sans aucun doute.

(60) PAUL, D., 46, 1, 36, cité par Cuj (op. cit., p. 631, n. 5). Le texte se termine ainsi : *et ideo habet actiones, quia tenetur ad idipsum, ut praestet actiones*; ce qui indique bien qu'il s'agit d'une vente d'actions, pour une somme certaine, et non plus du remboursement de la créance.

(61) PAPINIEN (L. 1. defin.), D., 27, 3, 21.

En effet, dans cette forme de responsabilité, le droit strict enlève toute valeur à la cession des actions, à partir du moment où il y a eu *litis contestatio*, puisque, par l'effet extinctif de la *litis contestatio*, ces actions sont épuisées. C'est à cette solution que le droit strict exige, que Papinien fait allusion quand il déclare : Les actions cédées ne disparaissent pas « malgré le jugement intervenu » (s.-ent. : contrairement à ce qui devrait normalement se produire) (62).

Si, en effet, le jurisconsulte envisageait une responsabilité *in solidum*, l'incidente *quamvis postea judicatum fiat* ne se comprendrait pas, car la caractéristique fondamentale de cette responsabilité consiste dans l'absence d'effet extinctif de la *litis contestatio* : bien que déduite en justice, une action peut à nouveau être introduite, et, par conséquent, la cession de cette action reste valable même après l'instance au cours de laquelle elle est intervenue; par suite, Papinien n'aurait pas à s'étonner de sa survivance.

Ceci posé, revenons à la solution que donne Papinien : la cession d'actions ne disparaît pas à la suite du paiement, parce que la question ne se pose pas du point de vue du paiement du solde débiteur de tutelle, mais du point de vue du paiement du prix des actions du pupille à lui cédées : *tamen actio data non intercidit, quia* (63) *non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur*.

Le raisonnement qu'emploie ici Papinien est très voisin

(62) La sentence en elle-même ne peut avoir aucune répercussion sur la cession des actions, puisque ce n'est pas elle qui épuise ces actions. Par conséquent, en parlant du jugement intervenu, Papinien fait allusion à la *litis contestatio* qui a précédé ce jugement.

(63) Le texte porte après *quia* : *pro parte condemnati tutoris*, mais cette incidente, de l'opinion de M. Lévy (*Konkurrenz*, t. I. p. 227), que nous partageons, est interpolée parce qu'elle fait allusion au bénéfice de division qui, nous l'avons déjà dit, est une création du Bas-Empire.

de celui rencontré précédemment chez Paul, au cas de cession d'actions intervenue contre paiement amiable, c'est-à-dire indépendamment de toute poursuite judiciaire.

Lorsqu'il y a paiement, il convient d'écarter l'effet extinctif de ce paiement : pour ce faire, on interprète la remise du montant de la créance non comme paiement de celle-ci, mais comme paiement du prix des actions du pupille.

Lorsqu'il y a instance, il convient d'écarter l'effet extinctif de la *litis contestatio* (64) : pour ce faire, on interprète la condamnation comme intervenue sur une demande en paiement de prix de cession d'actions, et non sur une réclamation du solde débiteur du compte de tutelle. Sans doute la demande initiale, telle que le pupille l'a introduite, était bien l'*actio tutelae* : demande en règlement de comptes ; mais, au point de vue du droit, tout se passe, après la cession de ladite action au cotuteur, comme s'il s'agissait d'une demande en paiement d'un prix de cession d'actions.

Nous supposons dans ce raisonnement que la cession est intervenue avant la *litis contestatio*. C'est bien ce qu'indique l'expression : *quamvis « postea » judicatum fiat*, telle que nous l'avons interprétée.

Nous avons un autre texte (65), celui-ci d'Ulpien, d'après

(64) Il est curieux à cet égard de consulter la reproduction de ce texte aux Basiliques (38, 3, 21, HEIMBACH, t. III, p. 722). Le compilateur qui ne concevait pas qu'il y eût à la cession d'actions une objection du fait de la *litis contestatio*, puisque la constitution 28.2 (C., 8, 40) de Justinien en avait supprimé l'effet extinctif, reconstitue le casus dans le plan du paiement. En d'autres termes, il suppose que non seulement il y a eu chose jugée, mais encore que le tuteur poursuivi a payé aux mains du pupille. Le texte porte non pas comme au Digeste *quamvis postea indicatum fiat*, mais. καὶ μετὰ τὸ καταβαλεῖν τὸ πᾶν, et la difficulté à résoudre n'est plus, d'après lui, d'expliquer la survivance des actions à la *litis contestatio*, mais leur survivance au paiement. Voir en ce sens la scholie 1.

(65) ULP IEN (L. 36 *ad Edict.*), D., 27, 3, 1, 48.

lequel, au contraire, la cession des actions peut être demandée aussi bien après qu'avant la condamnation (66), c'est-à-dire aussi bien après qu'avant la *litis contestatio* :

Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest mandari sibi actiones adversus contutorem, pro quo condemnatus est.

Ceci revient à dire qu'une instance en paiement d'un compte de tutelle vaut, au point de vue du droit, instance en paiement d'un prix de cession d'actions, alors même que cette cession d'actions n'a pas eu lieu et que l'on ignore si elle interviendra ultérieurement. La fiction devient difficile à soutenir. Mais elle est inutile, car le texte est interpolé, ainsi qu'Eisele l'a démontré.

Le savant critique allemand y constate la tendance chère aux compilateurs, à restreindre la responsabilité *pro alio* (67) du cotuteur, en lui procurant tous moyens pour exercer son recours. Cette tendance que nous retrouverons, en étudiant le bénéfice de division est incontestable. A elle seule, elle rend suspect le passage.

Mais il y a plus : Eisele fait remarquer que celui-ci n'est

(66) Voir la question de la cession d'actions intervenue après paiement et les opinions contraires de Paul et de Modestin, citées dans Cuq, *op. cit.*, p. 632. D'ailleurs le raisonnement de M. Cuq ne nous satisfait pas; nous n'admettons pas, comme lui, qu'on puisse logiquement faire une cession d'actions postérieurement à un paiement opéré sans réserve; car, pour que la fiction de la jurisprudence soit possible, il faut qu'au moment du paiement, la question de cession d'actions, dont ce paiement sera supposé le prix, soit en jeu. A moins d'admettre qu'il y a là fiction de la loi, s'imposant aux parties en dehors d'elles ?

(67) En parlant de responsabilité *pro alio*, le texte se réfère soit à la responsabilité d'un tuteur régulièrement exclu de la gestion (voir *supra*, p. 172), soit à la part de responsabilité pour laquelle un tuteur gérant condamné pour le tout peut recourir contre ses collègues. Mais en ce cas, l'idée est mal exprimée et l'interpolation s'en trouve confirmée.

pas à sa place là où il est. Il devrait se trouver à la suite du § 14 qui prévoit le refus de la cession d'actions quand les tuteurs sont tenus d'un dol commun, et non à la suite du § 17, qui s'occupe de la question de transmission active de l'*actio tutelae* (68).

Etant établi qu'il est interpolé, notre texte prouve le maintien du bénéfice de cession d'actions au Bas-Empire. En outre, à cette époque, la fiction de Papinien est sans intérêt, car l'effet extinctif de la *litis contestatio* a disparu depuis la fameuse Constitution de Justinien de l'an 531 (69). Peu importe donc, désormais, que la cession des actions ait suivi ou précédé la *litis contestatio*, puisque celle-ci laisse survivre les actions et qu'il est possible de les intenter plusieurs fois de suite.

En conclusion :

1° A l'Epoque Classique, au cas de solidarité entre tuteurs, celui qui paye la totalité du solde débiteur de gestion de la tutelle, soit bénévolement, soit à la suite d'une instance engagée contre lui, peut obtenir du pupille la cession de ses actions, si, au cas d'instance, cette cession est consentie avant la *litis contestatio*.

2° Sous Justinien, au contraire, la suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio* en matière de solidarité permet la cession par le pupille au cotuteur de son *actio tutelae* aussi bien avant qu'après ladite *litis contestatio*.

(68) Le § 17 est ainsi conçu : « *Sed et heredi pupilli aequè competit similibusque personis* (s.-ent. : *actio tutelae*).

(69) C., 8, 40, 28, 2, citée *supra*, p. 159, n. 1.

§ 2. — *Actions utiles.*

Cette question nous ramène à l'étude de la loi d'Ulpien que nous avons précédemment examinée à propos de la responsabilité *in solidum* (70).

Nous avons dit qu'il ne nous semblait pas que le bénéfice de cession d'actions et, à défaut, l'octroi d'action utile eussent été accordées à des tuteurs tenus *in solidum*. Et nous avons douté, par suite, que le texte d'Ulpien se rapportât à cette forme de responsabilité, puisqu'il accordait ces deux faveurs.

Sans prendre à nouveau parti sur cette question, nous pouvons, en tout cas, étudier ce texte à propos de la solidarité. Car si même il vise la responsabilité *in solidum*, il est incontestable que la solidarité devait profiter du bénéfice de l'action utile, comme elle profitait, nous venons de le voir, du bénéfice de cession d'actions. On ne concevrait pas que des tuteurs tenus pour le tout, indépendamment de toute idée de faute, fussent traités moins favorablement que des tuteurs coupables.

Ulpien s'exprime en ces termes : A défaut de cession d'actions, il est décidé par les Empereurs que l'on donnera au cotuteur, pour exercer son recours contre ses collègues, une action utile (71).

Tout d'abord, on peut se demander s'il s'agit de l'*actio tutelae* utile seule ou, au contraire, de cette action pourvue des garanties qu'elle comporte en faveur du pupille.

La deuxième solution est plus avantageuse. L'intérêt pour le tuteur d'avoir une action *tutelae* utile réside surtout

(70) ULPEN (*L. 36 ad. Edict.*), *D.*, 27, 3, 1, 13, étudié *supra*, p. 169 et s.

(71) Voir le texte du § 13, *supra*, p. 168.

dans les sûretés qui s'attachent à cette action et qui facilitent l'exercice de son recours. Sans doute, lorsqu'à défaut de société ou de mandat, le cotuteur se trouve sans action contre ses collègues (72), une *actio tutelae* utile, même dépourvue de garanties, lui est une aubaine. Mais lorsque les tuteurs se sont mis d'accord pour la répartition des risques, ce qui doit être la solution habituelle, le cotuteur n'a pas plus d'avantage à exercer cette action nue que l'action *pro socio* (73).

Si donc l'on veut véritablement lui procurer une faveur, il faut lui permettre d'exercer comme action utile, l'*actio tutelae* avec les sûretés qu'elle comporte, c'est-à-dire telle que le cotuteur l'aurait acquise dudit pupille, si cession lui en avait été faite. C'est d'ailleurs l'opinion de M. Girard qui interprète notre loi en ces termes (74) :

« Ulpien nous apprend en même temps qu'au cas où le tuteur, simplement coupable de faute, avait droit à la cession et ne l'avait pas obtenue, des constitutions impériales lui accordaient néanmoins, comme actions utiles, les actions qu'il n'avait pas comme actions *mandatae*. » (75).

Ce premier point élucidé une autre question reste à résoudre : quels étaient les cas où le cotuteur ne pouvait pas obtenir la cession d'actions?

Rappelons, en effet, que le pupille commet un dol en la refusant, dol qui, lors des poursuites engagées contre le co-

(72) C'est le principe admis pour les codébiteurs en général, et il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer aux cotuteurs solidaires. Voir Cug, *op. cit.*, p. 376.

(73) Ou l'*actio mandati*, à supposer qu'il ait payé sur mandat de ses collègues.

(74) GIRARD, *op. cit.*, p. 790, n. 4.

(75) On peut cependant tirer argument de ce que les textes parlent d'« une » action utile, après avoir parlé de cession « des » actions, pour penser qu'il s'agit de l'*actio tutelae* nue.

tuteur, pourra, par voie d'exception, faire échouer sa demande en paiement si, au cours de ces poursuites, il persiste dans son refus (76).

Il faut supposer que le cotuteur, à qui le paiement de la créance du solde de compte de gestion a été réclamé, a été condamné sans avoir exigé la cession d'actions, si bien qu'il se trouverait sans recours contre ses collègues, si les constitutions impériales ne lui venaient en aide, en lui accordant, à titre d'actions « utiles », les actions qu'il ne s'est pas soucié d'obtenir à titre d'actions « directes ».

Nous dirons, pour terminer, qu'il n'est pas douteux que le Bas-Empire ait admis le bénéfice des actions utiles, comme il continuait à admettre le bénéfice de cession d'actions. L'octroi d'actions utiles gardait pour le tuteur une grande utilité quand il n'avait réclamé au pupille cession de ses actions, qu'après jugement. Dans ce cas en effet, la cession d'actions pouvait encore être faite, puisque l'effet de la *litis contestatio* avait disparu, mais le pupille pouvait la refuser sans crainte.

(76) CUQ, *op. cit.*, p. 651; GIRARD, *op. cit.*, p. 806. L'opinion de nos maîtres ne souffre d'ailleurs aucune objection. On n'a pas le droit de faire volontairement et sans motif du tort à autrui. Si donc le pupille se voit offrir par l'un de ses cotuteurs le solde du compte de tutelle, en capital, intérêts et frais, moyennant cession de ses actions, ou si cette cession lui est réclamée au cours d'une instance en paiement du compte de tutelle, il ne peut la refuser sans commettre un abus, puisque, d'une part, au cas de paiement volontaire, ces actions ne lui sont plus d'aucune utilité, et puisque, d'autre part, au cas de poursuites, il les a perdues par le fait même de cette poursuite.

M. CUQ envisage le cas particulier où le refus du créancier se justifie par une contestation de sa part sur le chiffre de la dette, rendant indispensable l'intervention du juge. Mais là encore, le créancier ne peut refuser de bonne foi la cession d'actions. Celle-ci reste possible moyennant le prix que le juge fixera.

§ 3. — *La solidarité est-elle obligatoire entre cotuteurs ?*

C'est la question que nous avons posée au début de cette étude de la solidarité, et c'est la plus importante à résoudre.

Remarquons d'abord qu'aucun des textes que nous avons étudiés jusqu'à présent ne nous en donne la solution.

Papinien (77) envisage la solidarité, mais ne précise pas si elle est de droit ou résulte d'une convention entre les cotuteurs ou bien a été établie par la volonté du testateur.

De même Ulpien (78) suppose qu'un cotuteur a été condamné en raison d'une gestion commune. Nous avons dit qu'il convenait de considérer ce texte comme se référant à une solidarité. Mais rien ne nous indique que cette solidarité soit légale ou, au contraire, conventionnelle.

Cependant, il existe deux autres fragments de l'Epoque Classique, dans lesquels nous pouvons espérer trouver quelques indications.

Le premier, de Tryphoninus (79), décide quant à la responsabilité des tuteurs en général, du fait de la gestion :

...Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur...

En autres termes, les tuteurs sont tenus pour le tout. Et le texte ne distingue pas s'il s'agit d'une responsabilité solidaire ou, au contraire, d'une responsabilité *in solidum* (80), si les tuteurs ont géré ou non. Si bien que nous pouvons en déduire, pour les cas où elle est applicable, le caractère obligatoire de la solidarité.

(77) PAPINIEN, *D.*, 27, 3, 21, étudié *supra*, p. 185 et s.

(78) ULPIEN, *D.*, 27, 3, 1, 13, étudié *supra*, p. 169 et s.

(79) TRYPHONINUS, *D.*, 26, 7, 53, pr.

(80) Naturellement ici nous ne prenons pas l'expression « *in solidum* » dans son sens littéral, mais simplement pour désigner la responsabilité issue d'une faute commune.

Le second texte est une constitution de Carinus et Numerianus (81) ainsi conçue :

Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda...

Cette constitution n'indique pas formellement qu'il s'agisse d'un cas de solidarité proprement dite. Mais un examen précis du texte permet de le penser.

L'hypothèse prévoit en effet une tutelle indivise; et, d'après la constitution, c'est précisément parce que la tutelle est indivise que le pupille peut, à son choix, poursuivre n'importe lequel de ses cotuteurs pour le tout.

Or la responsabilité pour le tout qui, dans l'esprit du texte, pèse sur chacun des tuteurs, ne peut être une responsabilité dérivée d'une faute commune; car, c'est une règle bien connue, qu'une faute commune entraîne la responsabilité de chacun de ses auteurs pour le tout. Et il est douteux que Carinus et Numerianus aient simplement voulu rappeler, à propos du cas particulier des cotuteurs, cette règle générale.

D'autre part, le texte indique, à la suite du passage que nous avons cité, que, si la tutelle est divisée, les tuteurs ne sont pas responsables les uns des autres : *In divisionem autem administratione deducta..., periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus...*

Par conséquent, en supposant que l'on se trouve dans l'hypothèse d'une responsabilité *in solidum*, c'est-à-dire dérivée d'une faute commune, ceci reviendrait à déclarer que,

(81) CARINUS et NUMERIANUS, *C.*, 5, 52, 2.

quand la gestion de la tutelle n'est pas commune, une faute commune ne peut se produire. On ne saurait prêter au texte une telle signification. Incontestablement les Empereurs ne se seraient pas donné la peine d'exprimer semblable truisme.

C'est pourquoi nous ne devons pas hésiter à admettre que le raisonnement de ce fragment se rapporte à une responsabilité solidaire des cotuteurs. La dette, dont le pupille a le droit de réclamer la totalité à chacun de ceux-ci, est constituée par les sommes, que chacun a pu encaisser pour le compte de la tutelle, mais il n'y figure aucune somme représentant la réparation du préjudice causé par une faute commune.

Et nous avons ainsi la preuve que le droit classique a admis le caractère obligatoire de la solidarité entre les tuteurs.

Quant à la question de savoir si cette solution a continué à avoir cours au Bas-Empire, il est plus difficile d'y répondre. Sans doute s'est-il manifesté en la matière une tendance à restreindre le plus possible la mesure de la responsabilité des cotuteurs solidaires à l'égard du pupille. C'est à cette fin qu'a été institué le bénéfice de division. Mais, hors cette tendance, peut-on dire que l'on ait renoncé au principe même de la responsabilité solidaire? Nous ne le croyons pas. Si, en effet, le Bas-Empire avait voulu répudier ce principe et y substituer celui d'une responsabilité par parts viriles, il ne se fût certainement pas donné la peine de créer le bénéfice de division qui permettait d'arriver à ce résultat d'une manière indirecte et sans renoncer au principe lui-même.

Nous pouvons donc dire que le droit du Bas-Empire a maintenu la solidarité entre les cotuteurs, mais qu'il s'est efforcé de restreindre en fait la portée de ce principe par

l'institution du bénéfice de division à leur profit. Et, ce faisant, il est parvenu, ainsi que nous allons le voir, à conserver au pupille toutes ses garanties, en diminuant cependant la charge de la responsabilité de ses tuteurs.

§ 4. — *Bénéfice de division.*

Ainsi que l'indique Ulpien (82), ce bénéfice consiste à diviser entre les cotuteurs, par parts viriles, l'action que le pupille a contre tous, à l'exemple de ce qui se passe pour les fidéjusseurs. Et si tous ne sont pas solvables, l'action est divisée seulement entre ceux qui le sont; en d'autres termes, les cotuteurs solvables supportent la part de celui qui ne l'est pas. Cette solution est également calquée sur celle introduite par Hadrien à l'égard des fidéjusseurs (83).

Nous savons que le texte d'Ulpien présente des défauts de style, permettant de le considérer comme interpolé, et justifiant par là même l'idée généralement admise que le bénéfice de division, en matière de tutelle, date seulement de Justinien.

Est de même interpolé, suivant M. Solazzi, un autre texte de Papinien qui envisage la situation suivante :

Un pupille a saisi le juge contre ses tuteurs et leurs fidéjusseurs. Ce juge est mort avant de rendre sa sentence, et un autre juge a été nommé pour statuer sur la poursuite à l'encontre des fidéjusseurs seuls (84). Papinien définit de la manière suivante sa mission :

(82) ULPYEN (*L. 36 ad Edict.*), *D.*, 27, 3, 1, 11 et 12, déjà étudié *supra*, p. 168 et s.

(83) GAIUS (*L. 8 ad Edict. prov.*), *D.*, 46, 1, 26 : *Inter fideiussores non ipso iure dividitur obligatio ex epistula divi Hadriani : et ideo si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit vel ad inopiam pervenerit, pars eius ad ceterorum omnes respicit.*

(84) PAPINIEN (*L. 2 respons.*), *D.*, 27, 7, 6 : *Pupillus contra tutores*

Officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint et administratio non dispar, sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Ainsi donc, le juge fera application du bénéfice de division entre les fidéjusseurs des tuteurs, non pas *ex persona fideiussorum*, c'est-à-dire en répartissant la dette entre les fidéjusseurs d'un même tuteur, mais *ex persona tutorum*, c'est-à-dire en ne poursuivant les fidéjusseurs de l'un d'eux que dans la mesure de sa responsabilité, ce qui laisse supposer la division de ladite dette entre les tuteurs.

Il semblerait donc, d'après ce texte, que le bénéfice de division était admis par Papinien, sinon par les autres jurisconsultes classiques.

Et c'est ce que déclare M. Solazzi⁽⁸⁵⁾, suivant l'opinion de qui il est impossible d'interpréter l'incidente *ex persona tutorum* sans se référer au bénéfice de division. Elle se comprendrait sans que l'on ait à recourir à la notion du bénéfice de division, si la tutelle avait été divisée : chacun des tuteurs ayant une responsabilité distincte et différente, ses fidéjusseurs diviseraient par parts viriles leur responsabilité *ex persona tutoris*. Mais, puisque la tutelle a été gérée en commun : *et administratio non dispar sed communis fuit*, chaque tuteur est, en principe, nous venons de le voir, indifféremment tenu de toute la dette, et chacun des fidéjusseurs en est tenu également pour le tout⁽⁸⁶⁾. Et l'on ne peut comprendre que les fidéjusseurs

eorumque fideiussores iudicem accepit : iudice defuncto, priusquam ad eum iretur, contra solos fideiussores alter iudex datus est...

(85) SOLAZZI, *Riv.*, t. LXIV, p. 54 et 55.

(86) En ce sens, Vénulejus, *D.*, 26, 7, 51, déjà étudié, p. 67 et 68 : *Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fideiussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio...*

se la partagent entre eux par parts viriles *ex persona tutorum*, c'est-à-dire dans la mesure où sont tenus les tuteurs respectifs qu'ils garantissent, qu'à condition d'admettre le bénéfice de division entre ces tuteurs.

Mais M. Solazzi, d'accord avec la généralité des auteurs (87), considère le bénéfice de division comme une création du Bas-Empire. Aussi rejette-t-il l'incidente *ex persona tutorum* du texte primitif : « Tribonien, dit-il, a interpolé le passage, parce qu'il voulait faire admettre la division de l'*actio tutelae* entre les tuteurs solvables et il a, pour ce faire, imaginé de dire que la division entre les fidéjusseurs était une simple conséquence de la division entre les tuteurs. »

Nous partageons cette opinion, dont nous montrerons plus loin le bien-fondé. A notre avis, Papinien accordait le bénéfice de division aux fidéjusseurs, ainsi que l'indiquent les mots *conveniet... portionum virilium admittere rationem*, mais il ne l'accordait pas aux cotuteurs.

D'ailleurs un autre texte (88), qui lui est également attribué, refuse l'octroi du bénéfice de division aux fidéjusseurs dans certains cas.

...*Ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt : pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*

Le motif sur lequel Papinien justifie ce refus est le suivant : le pupille s'est remis du soin de gérer à ses tuteurs et

(87) Voir notamment l'opinion de M. Lévy, citée *supra*, p. 169.

(88) PAPINIEN (L. 12 *quaest.*), D., 46, 6, 12.

a tout ignoré de la gestion. Il serait injuste dans ces conditions qu'il fût à la merci d'une exigence des fidéjusseurs desdits tuteurs, ayant pour résultat de le contraindre à engager des instances devant des juges différents (89).

Mais cette solution, du point de vue des fidéjusseurs, n'est pas inconciliable avec celle que Papinien donnait dans son texte précédent.

En combinant les deux textes, on obtient la règle suivante :

Les fidéjusseurs des tuteurs, comme tous fidéjusseurs, pouvaient, en principe, se prévaloir du bénéfice de division; mais exceptionnellement et par faveur spéciale à l'égard du pupille, ils ne le pouvaient pas lorsque l'usage de ce bénéfice devait contraindre celui-ci à saisir plusieurs juges de sa réclamation (90).

(89) Dans cet esprit, il convient de mentionner une constitution de Gordian (C., 5, 34, 5) prévoyant pour les tuteurs l'obligation d'être déférés devant le même juge, relativement à la réclamation des comptes de tutelle.

(90) M. Solazzi (*op. cit.*, p. 56) aboutit à la même solution; mais lui suppose que la tutelle a été divisée, puisque les différents fidéjusseurs relèvent de différentes juridictions. Il s'appuie d'ailleurs, pour justifier son idée, sur un passage de notre texte, ainsi conçu : *Nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt...*, passage dont il conteste l'interpolation, contrairement à LÉVY (*Sponsio*, p. 174) et BINDER (*op. cit.*, p. 340).

Sans examiner à nouveau (voir *supra*, p. 129) la valeur exégétique de ce passage, nous hésitons à admettre que Papinien ait envisagé la division de la tutelle. Comment, en effet, aurait-il pu poser la question du bénéfice de division à propos d'une tutelle divisée, puisque, chaque sphère d'attributions étant indépendante, chaque fidéjussesseur est, de plein droit, restreint, quant à sa responsabilité, à la part du tuteur qu'il garantit? En tout cas, le début du texte de Papinien fait supposer que la gestion était commune : *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur*. L'idée d'une cession d'actions ne se conçoit pas, en effet, autrement qu'à propos d'une responsabilité de chacun pour le tout.

Ceci dit, revenons aux cotuteurs et à l'opinion admise par tous les critiques, que le bénéfice de division en ce qui les concerne date du Bas-Empire.

Comment justifier cette opinion?

D'une part, Eisele nous a montré que le passage d'Ulpien, le plus important sur notre question, est certainement interpolé, en raison des particularités de style que l'on y relève.

D'autre part, le raisonnement prouve que l'Époque Classique n'a pu admettre, en matière de pluralité de tuteurs, le bénéfice de division, celui-ci constituant une institution incompatible en droit avec le fait même de cette pluralité.

On ne peut concevoir une division de la responsabilité là où il y a communauté de gestion. En donnant son accord à un acte, auquel tous sont intervenus, chaque tuteur a en effet consenti à l'acte tout entier et non à concurrence d'une part virile, car le consentement est par lui-même indivisible.

Il est donc logique qu'à l'égard du pupille il soit responsable des conséquences de cet acte, pour le tout et non pas seulement pour une part virile. La mesure de sa responsabilité est déterminée par celle de son engagement.

En ce qui concerne le Bas-Empire, au contraire, l'admission du bénéfice de division se conçoit mieux. Nous sommes à une période où la science du droit a, en partie, abandonné son ancienne rigueur, où on a perdu de vue les principes eux-mêmes, pour ne plus s'occuper que des nécessités pratiques. Celles-ci demandaient que l'on favorisât davantage les cotuteurs poursuivis pour le tout. On n'a pas voulu renoncer à la notion de solidarité, on s'est contenté d'en restreindre les effets. Au lieu d'admettre que chaque tuteur ne serait responsable du solde débiteur de la tutelle qu'à

concurrence d'une part virile, ce qui eût été dangereux pour le pupille, puisque celui-ci aurait été contraint de supporter éventuellement l'insolvabilité de certains de ses cotuteurs, on a décidé que chacun d'eux resterait responsable du tout, mais que la dette se diviserait par parts viriles entre ceux qui seraient solvables (91). Ainsi s'est trouvée réduite la mesure de la responsabilité des tuteurs, sans que le pupille n'ait à courir de risques.

.....

Pour conclure, nous dégagerons de cette longue étude de la solidarité entre les cotuteurs les quelques idées suivantes :

1° La solidarité a été de droit commun entre les tuteurs, aussi bien à l'époque Classique qu'au Bas-Empire; en d'autres termes, on a admis, à ces deux époques, que les tuteurs répondraient chacun pour le tout des sommes qu'ils avaient encaissées au nom du pupille à la suite d'actes juridiques conclus en commun.

2° A l'Epoque Classique, le cotuteur pouvait obtenir du pupille, pour faciliter son recours contre ses collègues, la cession de ses actions, lorsqu'il l'avait demandée, avant la *litis contestatio*, au cas de poursuites. A défaut, il pouvait exercer les actions du pupille, à titre d'actions utiles.

3° Au Bas-Empire, est venu s'adjoindre à ces faveurs le bénéfice de division, que le droit classique n'avait pu admettre, en raison de sa stricte observation des principes du droit; et la cession d'actions a été permise au cas d'instance, après comme avant la *litis contestatio*.

(91) D'ailleurs, le tuteur qui avait payé plus que sa part du fait de l'insolvabilité d'un collègue avait, pour exercer son recours contre lui à concurrence du surplus, le bénéfice de cession d'actions. Ceci semble résulter de *Bas.*, 38, 3, 1, cité *supra*, p. 169, n. 29.

SECTION III

Responsabilité de chaque tuteur gérant pour le tout.

Il nous reste un certain nombre de textes, dont les termes très généraux ne se réfèrent pas à la solidarité ou, au contraire, à la responsabilité *in solidum*, mais d'une façon générale à la responsabilité de chacun des tuteurs pour le tout.

Nous les commenterons très brièvement.

Tryphoninus envisage le cas de trois tuteurs, dont l'un a géré, l'autre a donné mandat à un tiers de gérer et le troisième s'est abstenu complètement de la gestion (92), et il pose le principe que les tuteurs sont tenus chacun pour le tout. Nous l'avons vu, les termes très généraux qu'il emploie font supposer que les tuteurs sont tenus chacun pour le tout dans tous les cas, quel que soit le fondement de leur responsabilité. La suite du texte est du reste sans intérêt. Quand, nous dit-elle (93), l'argent du pupille a été partagé entre les tuteurs, chacun est tenu seulement à concurrence de sa part. Ceci fait simplement allusion à une division de la tutelle. La phrase est d'ailleurs considérée par M. Solazzi (94) comme interpolée. Le critique italien s'étonne avec raison qu'il ne soit question que de partage de numéraire.

(92) TRYPHONINUS (*L. 13 disput.*), D., 26, 7, 33, pr. : *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit : quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur.*

(93) ...*Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.*

(94) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 38.

Nous avons un fragment de Callistrate, où il est dit que, comme leurs auteurs, les héritiers des pupilles ont la liberté de choisir celui des cotuteurs ayant géré qu'ils poursuivront⁽⁹⁵⁾. Ceci semble bien impliquer que les tuteurs sont tenus chacun pour le tout, aussi bien solidairement qu'*in solidum*.

Même généralité chez Modestin (96). Il est question de responsabilité pour le tout concernant l'administration de la tutelle proprement dite. Ce texte est curieux, car il parle de la responsabilité pour le tout, comme d'une éventualité se présentant « quelquefois » : *Forma, qua singuli tutores, prout quisque gessit tutelam, « nonnunquam » in solidum tenentur, dumtaxat intra pubertatis tempora locum habet, non etiam si post pubertatem administraverint.*

Que veut dire cette restriction? Ce texte implique-t-il des exceptions à la règle que nous avons admise d'une responsabilité entre cotuteurs gérant ensemble, soit solidaire, soit *in solidum*? Doit-on au contraire comprendre le mot « *nonnunquam* » comme sous-entendant le cas, fréquent en pratique, de gestion divisée, dans lequel, nous le savons, la responsabilité de chacun pour le tout n'avait pas lieu de s'appliquer? Nous opinons plutôt pour cette seconde interprétation, sans pouvoir toutefois répondre avec certitude (97).

On peut supposer d'ailleurs que le mot est interpolé, mais

(95) CALLISTRATE (*L. 14 de cognit.*), *D.*, 26, 7, 33, 2 : *Heredibus quoque pupillorum electio eadem adversus tutores, in quo potissimum consistere velint, competit, quae ipsis quorum tutela administrata sit : principalibus constitutionibus declaratur.*

(96) MODESTIN (*L. 1 excus.*), *D.*, 26, 7, 31.

(97) Le texte, tel qu'il est reproduit aux Basiliques, envisage le cas d'une tutelle divisée. *Bas*, 37, 7, 30 (HEIMBACH, t. III, p. 663). *Καὶ ὅτι ἔσθ' ὅτε καὶ διωικήσεως διορισμένης γεννημένης ἕκαστος εἰς λόκλητρον ἐνίχεται.* Mais nous ne voyons rien dans le texte du Digeste qui permette de faire cette hypothèse.

ceci n'est qu'une conjecture qu'aucun critique, du reste, n'a émise avant nous et que rien dans le style ne vient corroborer.

Papinien parle également de responsabilité pour le tout, sans préciser davantage, dans un texte que nous avons déjà étudié (98) : *Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit...*

L'étude de ces différents textes justifie notre titre : Responsabilité de chaque tuteur gérant pour le tout. Elle justifie aussi la confection d'un chapitre distinct de ceux traitant de l'*in solidum* ou de la solidarité, puisqu'ils ne font pas allusion davantage à la solidarité qu'à l'*in solidum*.

(98) PAPINIEN (*L. 1 definit.*), *D.*, 26, 7, 42, voir *supra*, p. 153 et 156.

CHAPITRE II

RESPONSABILITE DES COTUTEURS CESSANTES

Une distinction est à faire, suivant que les cotuteurs *cessantes*, c'est-à-dire ceux qui se sont abstenus de gérer en tout ou partie, l'ont fait à leurs risques et périls : *suo periculo* ou, au contraire, dûment autorisés.

Nous aurons donc deux sections successives à examiner :

1° Responsabilité des cotuteurs *cessantes suo periculo*

2° Responsabilité des cotuteurs *cessantes* autorisés.

SECTION I

Responsabilité des cotuteurs *cessantes suo periculo*.

§ 1. — *Fondement de la responsabilité.*

On peut tout d'abord se demander comment se pose la question.

En effet, dans une tutelle assumée par plusieurs tuteurs et non divisée, en principe, l'intervention de tous apparaît comme nécessaire pour engager le pupille; à moins naturellement qu'il n'ait été convenu qu'un seul d'entre eux remplirait les fonctions de gérant⁽¹⁾ et, en ce cas, les cotuteurs écartés de la gestion ne sont pas *cessantes suo periculo*.

(1) Cette éventualité sera examinée *infra*, p. 224 et s.

Par suite, on ne peut envisager, semble-t-il, la carence de l'un des cotuteurs, sans envisager par là même l'impossibilité de gérer des autres tuteurs : tous; et tous seulement pouvant gérer valablement. Pratiquement, la question du défaut de gestion imputable à un seul tuteur ne semble pas pouvoir se poser.

Si, en fait, elle s'est posée et si nous trouvons des textes à son sujet, c'est que, comme nous l'avons vu, même quand la tutelle est demeurée indivise entre les tuteurs, l'*auctoritas* d'un seul suffit pour habiliter le pupille, tout au moins au cas de tutelle testamentaire à l'Epoque Classique, et dans tous les cas sous Justinien (2). Par suite, l'absence de l'un des tuteurs ne paralyse pas la gestion. La situation est identique pour la *negotiorum gestio* concernant certains actes (3) qu'un seul des tuteurs peut conclure valablement pour le compte du pupille.

Mais dire qu'un tuteur peut suffire, soit pour assister le pupille, soit pour agir en son nom, ne signifie pas que les autres, quand d'eux-mêmes ils se sont tenus à l'écart des actes de gestion qu'il a conclus, soient quittes de toute responsabilité. Dans l'intérêt du pupille, on a supprimé les inconvénients de leur carence, mais, nous le verrons, on ne l'a pas ratifiée. En ne prenant pas part à la gestion, *suo periculo*, les cotuteurs n'en paralysent pas le fonctionnement, mais du moins à l'Epoque Classique ils engagent leur responsabilité.

Cette responsabilité s'explique d'ailleurs aisément. Elle n'est, à notre avis, que l'un des aspects du *periculum commune*, dont parle M. Lévy (4). Et l'on est en droit de dire

(2) JUSTINIEN, *C.*, 5, 59, 5, pr., étudié *supra*, p. 75 et 76. ULPYEN, *XI*, 26, *supra*, p. 82.

(3) JULIEN, *D.*, 27, 10, 7, 3, étudié *supra*, p. 76 et s.

(4) Voir *supra*, p. 132.

avec cet auteur qu'en rendant les tuteurs responsables du défaut de gestion, les Romains n'ont fait qu'appliquer le principe du *periculum commune*, principe que l'on peut expliquer de la façon suivante : L'existence simultanée de plusieurs tuteurs implique comme conséquence normale leur commune gestion. Cette obligation de gérer en commun se traduit elle-même par une responsabilité commune ou *periculum commune*, à la charge tant de ceux qui y ont satisfait que de ceux qui y ont contrevenu (5).

Sans doute la responsabilité du fait de la gestion est-elle distincte de la responsabilité du fait du défaut de gestion (6), mais l'une et l'autre ne sont que les deux aspects du *periculum commune*.

Or, nous venons de voir que le *periculum commune* se manifestait, au point de vue des tuteurs gérants, par une responsabilité de chacun pour le tout. Il convient maintenant de préciser la responsabilité issue de ce même principe, au point de vue des tuteurs *cessantes suo periculo*. On peut y parvenir, indépendamment des textes, par le simple raisonnement.

S'agit-il d'une créance du pupille dérivée d'une faute du ou des tuteurs gérants? En ne participant pas à la gestion, les cotuteurs ont abandonné les intérêts du pupille, car ils devaient, par leur intervention dans l'administration, empêcher les fautes de gestion que, par dol ou impéritie, leurs collègues ont commises. Il est, par suite, tout naturel que la responsabilité de ces fautes soit imputée à chacun

(5) Tryphoninus, *D.*, 26, 7, 33, pr., cité *supra*, p. 202, n. 92 : ...*Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur.*

(6) Nous allons le vérifier, non seulement leur cause (mauvaise gestion dans l'une, abstention injustifiée dans l'autre), mais encore leur rang et l'action qui les sanctionne diffèrent.

d'eux, comme un dommage dont ils doivent indemniser le pupille.

Quand le pupille est créancier en raison des actes passés en son nom par ses tuteurs gérants, sans qu'aucune faute ne puisse leur être reprochée, la responsabilité des collègues *cessantes suo periculo* s'explique par le fait que le pupille aurait eu en face de lui autant de répondants, chacun pour le tout, que de tuteurs, si tous avaient géré. Nous savons, en effet, que tous les gérants sont tenus solidairement. Il ne convient pas que ce nombre de répondants se trouve diminué par la seule volonté de l'un d'entre eux. En d'autres termes, en restreignant le recours du pupille par sa créance, chaque tuteur *cessans* a commis une faute, dont il doit réparation.

Mais dans l'un et l'autre cas, la responsabilité des tuteurs *cessantes suo periculo* doit être seulement « subsidiaire ».

En effet, on ne peut, en équité, concevoir que le pupille s'adresse en premier lieu à ces tuteurs. C'est, avant tous autres, aux gérants à rendre compte de la gestion. Et si ceux-ci sont solvables, le pupille ne pourra justifier d'aucun préjudice, du fait des *cessantes*, que leur carence ait laissé se commettre des fautes, dont il demande réparation, ou qu'elle ait restreint son recours.

En conclusion, la notion du *periculum commune* suffit à justifier le principe d'une responsabilité à la charge des cotuteurs *cessantes suo periculo*, et le raisonnement démontre que cette responsabilité doit incomber à chacun d'eux pour le tout, mais seulement subsidiairement à la responsabilité des tuteurs qui ont géré.

Il s'agit maintenant d'examiner les textes, tant de l'Epoque Classique que du Bas-Empire.

§ 2. — *Droit classique.*

A. — L'ACTIO TUTELAE ET LE DÉFAUT DE GESTION.

Pour si juridique que soit la notion de responsabilité des tuteurs *cessantes suo periculo*, il n'en est pas moins vrai qu'elle a dû donner lieu à des difficultés pratiques, quand il s'est agi de la sanctionner.

D'après l'opinion de M. Ascoli, l'*actio tutelae* ne peut, rigoureusement, être intentée contre un tuteur qui n'a pas pris part à l'administration. Elle se fonde, dit-il, non pas sur la qualité de tuteur de celui contre lequel elle est exercée, mais sur le fait qu'il y a eu gestion de la tutelle. Si donc un tuteur n'a pas participé à cette gestion, le pupille doit logiquement être dépourvu d'action contre lui (7).

Mais M. Ascoli ne manque pas de citer un texte de Paul (8), prévoyant l'attribution d'une *actio utilis* à l'encontre du *cessans suo periculo*, et, dans sa conclusion sur son étude de la responsabilité des cotuteurs, il déclare que « chaque tuteur est responsable, mais à titre subsidiaire seulement, des actes de gestion auxquels il n'a pas participé ».

Le raisonnement de M. Ascoli fut très probablement celui des premiers jurisconsultes romains. Nous en voyons d'ailleurs la preuve dans le texte de Paul précédemment cité. Contre le tuteur (dit le jurisconsulte) qui n'a pas géré, il n'y a aucune action possible, l'*actio tutelae* reposant sur le

(7) ASCOLI, *op. cit.*, p. 121 et s. Hors l'*actio tutelae*, le pupille n'a que l'action *rationibus distrahendis*, et ce ne peut évidemment pas être par la voie de cette dernière qu'il poursuivra un tuteur *cessans* (Voir *supra*, p. 161 et 162).

(8) PAUL (*L. 79 ad Edict.*), *D.*, 46, 6, 4, 3.

fait de la gestion : ...*qui non gessit, omnino non tenebitur, nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet.*

Mais il est nécessaire, en droit comme en équité, de ne pas laisser la *cessatio suo periculo* sans sanction. C'est pour tourner la difficulté que Paul a recours à la notion d'action utile : *sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit*. D'ailleurs, il s'agit là d'une voie de recours exceptionnelle : *et tamen ex stipulatu actione* (9), *neque ipse neque fideiussores eius tenebuntur*. En d'autres termes, seul le caractère d'action de bonne foi (10) de l'*actio tutelae* permet son emploi à titre d'action utile contre un *cessans*; au contraire, cet emploi n'est pas possible pour une action *ex stipulatu*, en raison de son caractère d'action de droit strict (11).

Remarquons du reste que d'autres auteurs modernes considèrent la possibilité d'intenter une action utile contre les tuteurs *cessantes*, comme une innovation, mais non comme une solution de tous temps admise à Rome.

M. Bonfante (12) déclare qu'originellement le *cessans* n'était pas responsable et il ajoute que cette non-responsabilité originaire a été la cause du caractère subsidiaire de la responsabilité, quand on l'a admise plus tard.

M. Lévy (13) n'admet pas non plus à l'origine la responsabilité du *cessans suo periculo*, et, s'appuyant sur un texte d'Ulpien (14), il la fait remonter à Marc-Aurèle.

(9) En parlant d'action *ex stipulatu*, Paul suppose un administrateur de la chose d'autrui en général.

(10) Voir sur le caractère d'action de bonne foi de l'*actio tutelae*, GAIUS, IV, 62; CUQ, *op. cit.*, p. 216, et GIRARD, *op. cit.*, p. 4084, n. 3.

(11) CUQ, *op. cit.*, p. 418, et GIRARD, *op. cit.*, p. 517. A l'appui : PAUL D., 12, 3, 6. Ce texte refuse pour l'*actio ex stipulatu* le serment *in litem* admis dans les actions de bonne foi : MARCIEN, D., 12, 3, 5, pr.

(12) BONFANTE, *op. cit.*, p. 465.

(13) LÉVY, *op. cit.*, p. 17.

(14) ULPYEN (L. 35 *ad Edict.*), D., 26, 7, 1, 1 : *Ex quo scit se tuto-*

Il semble qu'avant que cette responsabilité ne fût admise, le tuteur était contraint de gérer, par ordre du magistrat (15), et que, s'il n'obtempérait pas, il encourait la destitution.

Mais cette sanction pénale n'était pas suffisante; elle ne profitait en rien au pupille, d'où l'attribution au pupille d'une action utile.

B. — LA *CESSATIO* ET L'ACTION UTILE.

Suivant Paul, nous venons de le voir, un tuteur qui, à ses risques et périls, s'est abstenu de la gestion est tenu de l'*actio tutelae utilis*.

Son opinion n'est pas isolée; Papinien l'exprime également (16); Antonin le Pieux y fait allusion (17).

Papinien se place indiscutablement dans le cas d'un cotuteur *suo periculo cessans*, puisque le tuteur dont s'agit a refusé de gérer : *gerere noluit*. La solution qu'il indique est d'autant plus intéressante qu'elle confirme celle de Paul et que, de plus, elle nous fait connaître le caractère « subsidiaire » de la responsabilité :

In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit...

Ainsi donc, le pupille devra tenter un recours, d'abord

rem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat : id enim a divo Marco constitutum est, ut, qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

Ici le mot *cessare* a le sens le plus fort : il veut dire « négliger de gérer » et non seulement « rester à l'écart de la gestion ».

Un tuteur qui néglige de gérer contrevient à son obligation de gestion. Un tuteur qui reste à l'écart de la gestion peut être autorisé à cette abstention.

(15) ULPEN, *loc. cit.*, pr. : *Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.*

(16) PAPINIEN (*L. 5 respons.*), *D.*, 26, 7, 39, 44.

(17) ANTONIN LE PIEUX, *C.*, 5, 34, 2.

contre le cotuteur qui a géré, par voie d'*actio tutelae* directe; et ce n'est qu'à défaut d'avoir obtenu satisfaction qu'il se retournera contre le *cessans* par voie d'action utile.

Cette partie du texte, la seule qui nous intéresse pour le moment, n'est généralement pas suspectée d'interpolation. Contre l'opinion de Binder (18), qui rejette l'incidente *post ceteros qui gesserunt*, M. Lévy (19) et M. Solazzi (20) sont d'accord pour la déclarer pure. Mais M. Solazzi (21) donne à la proposition *qui noluit tutelam gerere* un sens un peu particulier. Selon lui, on doit lire : *qui noluit tutelam gerere, satisfatione facta*.

Il suppose donc, non pas un tuteur coupable d'avoir abandonné la gestion, mais un tuteur qui n'a pas voulu gérer seul, en fournissant les garanties nécessaires.

Nous ne le suivrons pas dans cette hypothèse pour deux raisons (22) :

La première, c'est que rien dans le texte de Papinien ne nous y autorise. La seconde, c'est que, s'il s'agissait d'un tuteur qui n'avait pas voulu fournir caution pour gérer seul, et non d'un *cessans suo periculo*, étant donné qu'aucun autre de ses collègues n'a obtenu cette prérogative à sa place (23), il devrait être responsable comme gérant à côté des autres collègues, mais non, comme l'indique Papinien, subsidiairement et en vertu d'une action utile. Et nous retiendrons de ce texte qu'un cotuteur, ayant refusé de participer à la

(18) BINDER, *op. cit.*, p. 341.

(19) LÉVY, *op. cit.*, p. 66.

(20) SOLAZZI, *Minore Età*, p. 59, n. 3.

(21) SOLAZZI, *Riv.*, t. LIV, p. 44, cité également par LÉVY, *loc. cit.*

(22) M. Lévy (*loc. cit.*) déclare que M. Solazzi, par son interprétation de l'incidente *qui tutelam gerere noluit*, introduit une idée étrangère au texte.

(23) Argument de *ceteros* (tous les autres) *qui gesserunt*

gestion, était, de l'opinion de Papinien, tenu « subsidiairement » et par voie d'action « utile », à l'égard du pupille.

Antonin le Pieux (24), avons-nous dit, fait allusion à cette action utile. Son texte est ainsi conçu :

Pater vester tutor vel curator datus si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tutelae vel utili iudicio conveniri potestis, quod eam tutelam seu curam non administrasse dicitis : nam etiam cessationis ratio reddenda est. Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse qui administraverunt saepe rescriptum est.

Un tuteur est mort et ses héritiers sont poursuivis par voie d'action utile. C'est d'ailleurs avec raison, puisque leur auteur s'est abstenu de gérer, sans s'être fait excuser; mais du moins la responsabilité du tuteur et, par suite, celle de ses héritiers n'est engagée qu'après celle de ceux qui ont géré, conformément à la jurisprudence habituelle.

M. Lévy (25) estime ce texte en partie interpolé.

Selon lui, sont suspects les mots : *vel curator, seu curam et tutelae vel utili iudicio*. L'extension au curateur de la solution du texte nous semble effectivement justinienne (26). Nous admettons aussi l'interpolation de *tutelae vel* : il n'est pas convenable que le *cessans suo periculo* (ou ses ayants cause) puisse être indifféremment poursuivi par l'action directe ou l'action utile, celle-ci, par définition, n'ayant pour but que de remplacer celle-là. Mais nous conservons *utili iudicio*, car *iudicium* est un terme beaucoup plus employé à l'Epoque Classique que sous Justinien, où le terme courant était *actio* (27).

(24) ANTONIN LE PIEUX, C., 5, 54, 2.

(25) LÉVY, *op. cit.*, p. 61.

(26) Voir *supra*, p. 42.

(27) Suivant SOLAZZI (*Riv.*, t. LIV, p. 63), la phrase *Prius tamen...* serait de Tribonien. Mais l'auteur, pour justifier son opinion, se réfère

C. — CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE L'ENGAGEMENT DU *CESSANS*

Le fait que le pupille a contre le cotuteur *cessans suo periculo* une action utile présente l'intérêt de supprimer toutes difficultés, nées de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Le pupille pourra poursuivre ce tuteur *cessans*, après avoir vainement tenté le recouvrement de sa créance contre le gérant par action directe. Mais après seulement : il ne devra introduire l'action utile que subsidiairement à l'action directe, conformément à ce que nous avons prévu en étudiant le fondement de la responsabilité du *cessans suo periculo*.

Ce caractère subsidiaire est affirmé par de nombreux textes. Nous venons de le relever chez Papinien et chez Antonin le Pieux.

De même, Julien (28) décide de donner au pupille un recours contre l'un de ses cotuteurs, en ce qui concerne la gestion de l'autre, quand ils se sont partagés la tutelle et que celui qui a géré est décédé sans héritier (29). Nous avons précédemment étudié ce texte et résolu les difficultés qu'il soulève.

Actuellement, nous n'en retiendrons que le passage qui fait allusion à la responsabilité du *cessans suo periculo*. Le tuteur survivant, dit le texte, aurait dû prendre soin de tous

à un texte de Tryphoninus, où le tuteur *cessans* est poursuivi en même temps que le gérant (TRYPHONINUS, D., 26, 7, 53, 2, étudié *infra*, p. 231 et s.). L'argument ne porte pas, car Tryphoninus envisage, non pas le cas d'un *cessans suo periculo*, mais celui tout différent d'un tuteur qui, contre remise de garanties, a abandonné la gestion à son collègue. La différence d'espèces ne permet donc aucun raisonnement d'analogie.

(28) JULIEN (L. 21 dig.), D., 27, 8, 3, *supra*, p. 70 et s.

(29) Et insolvable. Sinon Julien aurait prévu la réalisation de sa succession (Voir *infra*, p. 242, n. 16).

les biens et, pour la part de son collègue, il se trouve dans la situation d'un tuteur qui a délaissé en partie l'administration (30). Donc, si l'on retient sa responsabilité, à défaut de recours contre le tuteur gérant mort sans laisser d'héritier, c'est par analogie avec un tuteur *cessans suo periculo*. Et ceci revient à dire que le tuteur *cessans suo periculo* est tenu subsidiairement au gérant.

La même solution se déduit d'une constitution de Gordian, où il est question de tuteurs obligés d'abandonner leurs fonctions pour raison d'état : *rei publicae causa*. L'empereur les astreint à se faire excuser pour la durée de leur absence; et il décide que, faute d'avoir fait le nécessaire à cet égard, les tuteurs engageront leur responsabilité, avec néanmoins la faculté de demander que soit poursuivi en premier celui qui a administré (31). Ceci revient à dire que le tuteur *cessans suo periculo* est tenu vis-à-vis du pupille à titre subsidiaire.

D'autres textes encore (32), mais nous ne pouvons tous les

(30) ...*Debuisse enim eum (s.-ent. tutorem), cum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset : nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet*. Voir sur l'interpolation de *cum sciret... esse*, et de *nam... deberet*, loc. cit.

(31) GORDIAN, C., 5, 64, 1 : ...*Quod si id (s.-ent. te excusare a tutela) praetermisisti, ut priore loco is conveniatur qui administravit, de iure postulabis*. Ce passage est suspecté par SOLAZZI (Riv., t. LIV, p. 67). Mais cet auteur rejette, par principe, le caractère subsidiaire de la responsabilité du tuteur *cessans suo periculo*.

(32) ULPYEN (L. 23 quaest.), D., 27, 1, 35, cité par LÉVY (op. cit., p. 63); ALEXANDRE-SÈVÈRE, C., 5, 37, 8, par argument *a contrario* et par extension à la tutelle : *Etsi scisses te curatorem datum nec administrasses, ceteris curatoribus et administrationem peragentibus et sufficientibus damno praestando contra te actio dari non potest...*; DIOCÉTIEN ET MAXIMIEN, C., 5, 52, 3 : *Licet tutorum conventionem mutuum peri-*

citer, établissent le caractère subsidiaire de l'engagement du *cessans*.

Il s'agit maintenant de chercher à préciser en quoi ce caractère consiste.

Ce ne pouvait être, à proprement parler, le bénéfice de discussion, puisque cette dernière faveur n'a été accordée, dans les rapports des cautions et du créancier, que par la Novelle 4 de Justinien, en l'an 535. Du moins, c'est un bénéfice du même genre.

En principe, on doit admettre que le pupille ne pouvait poursuivre les *cessantes suo periculo* qu'après s'être adressé aux tuteurs ayant géré. Mais nous ne pouvons faire d'exception pour le cas où les tuteurs gérants étaient absents, à l'exemple de ce qui se passait en matière de *beneficium excussionis* (33). Aucun des textes que nous avons étudiés n'en prévoit, en effet. Néanmoins, nous pouvons dire que, si les tuteurs qui avaient géré étaient notoirement insolvable, le pupille pouvait s'adresser directement aux *cessantes* (34). En effet, il s'adressait directement au tuteur survivant qui s'était tenu à l'écart de l'administration de certains biens, quand le tuteur gérant était mort sans héritier et que sa succession était insolvable, si l'on en croit Julien.

culum minime finiatur, tamen eum qui administravit, si solvendo sit, in primo loco eiusque successores conveniendos esse non ambigitur. Bien que le texte ne le dise pas, il semble que les tuteurs se sont tenus à l'écart de la gestion, en vertu d'une entente entre tous. Ils doivent être, en ce cas, considérés comme des *cessantes suo periculo*, car on ne peut admettre qu'un simple accord des tuteurs sur la remise de la gestion à l'un d'eux soit valable, alors que les textes prévoient pour l'effectuer une élection à la majorité sous le contrôle du préteur (Voir *supra*, p. 97 et s.).

(33) JUSTINIEN, Nov. 4, Cap. 1, citée par GIRARD, *op. cit.*, p. 738, n. 1.

(34) Pour le bénéfice de discussion, la même solution est déduite de la Novelle 4 par certains auteurs : WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrecht*, t. II, p. 478); GIRARD (*loc. cit.*); *contra* CUQ (*Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 483).

§ 3. — *Tendance du Bas-Empire.*

La question se pose de savoir si, à cette époque, la responsabilité basée sur la *cessatio*, c'est-à-dire, nous l'avons vu, issue du *periculum commune*, s'est maintenue. Il ne le semble pas : il y a lieu de penser, au contraire, que s'est substituée à cette responsabilité ou tout au moins a eu tendance à s'y substituer la responsabilité dérivée du défaut de surveillance.

Nous avons en effet une constitution d'Alexandre-Sévère⁽³⁵⁾ qui l'indique d'une façon très nette. Le principe, d'après elle, est qu'aussi bien ceux qui ont géré que ceux qui se sont abstenus sans autorisation de la gestion doivent en répondre. Mais le texte ajoute : Cette responsabilité n'est encourue que si ceux qui n'ont pas géré ont négligé de dénoncer leurs collègues comme suspects : *Certum est non solum eos qui gesserunt, sed etiam qui gerere debuērunt tutelam teneri etiam in ea, quae a contutoribus servari non potuerunt, si modo, cum suspectos facere deberent, id officium omiserunt* (36)...

Le dernier membre de phrase semble interpolé : il rappelle par trop les incidentes identiques glissées par les compilateurs dans les textes classiques, et, de plus, il comporte des imperfections de style caractéristiques (37).

Et nous pouvons en déduire que le Bas-Empire a eu tendance à remplacer (38) la responsabilité des tuteurs *cessantes*

(35) ALEXANDRE-SÉVÈRE, *C.*, 5, 53, 4.

(36) Ce passage est reproduit textuellement aux *Basiliques* (38, 46, 1, HEIMBACH, t. III, p. 782).

(37) D'après LÉVY (*op. cit.*, p. 63) le texte est interpolé à partir de *etiam* pour les motifs suivants : répétition de *etiam*, forme byzantine de *teneri in ea*, emploi de *suspectos* sans substantif.

(38) Nous disons « a eu tendance à remplacer » et non pas « a rem-

suo periculo, née du fait même de leur abstention, constituant une dérogation au principe du *periculum commune*, par une responsabilité fondée sur le défaut de *suspectum facere*, et, comme elle, de second rang⁽³⁹⁾.

Indépendamment de la constitution d'Alexandre-Sévère, nous n'avons aucune indication précise.

Sans doute avons-nous étudié au chapitre du *Suspectum facere* un grand nombre de textes, où il était question soit de responsabilité issue du défaut de surveillance, soit simplement d'obligation de surveillance. Mais ces textes, rapelons-le, ne permettent pas, vu leur imprécision, de déterminer quelle est la nature du défaut de gestion du tuteur, qu'ils déclarent tenu du *suspectum facere*. Incontestablement ce tuteur n'a pas géré, sinon il serait responsable par le fait même de sa gestion, *in solidum* ou solidairement. Est-il en revanche *cessans suo periculo* ou au contraire *cessans* autorisé? Rien ne le précise.

Toutefois, à notre avis, ces textes doivent concerner ou des tuteurs *cessantes suo periculo* ou des tuteurs *cessantes* autorisés par testament. Nous verrons en effet plus loin que tous les autres tuteurs *cessantes* autorisés ont à répondre, comme mandants du tuteur gérant, de l'administration de celui-ci. Tenus en premier rang, par le fait même de leur mandat et assimilés de ce fait à des tuteurs gérants, il nous semble impossible d'admettre à leur charge une responsabilité en second rang, pour défaut de surveillance.

placé », car le fait que les compilateurs du Bas-Empire n'ont pas introduit dans tous les textes classiques l'incidente : *si modo suspectum facere omittere*, pour conditionner la responsabilité des tuteurs *cessantes suo periculo*, implique, à notre avis, que le simple fait de l'abstention abusive du tuteur suffisait encore, à leur époque, à fonder sa responsabilité.

(39) Voir *supra*, p. 135 et s.

A moins que la notion de mandat tacite soit devenue insuffisante au Bas-Empire pour justifier la responsabilité des tuteurs *cessantes* autorisés et qu'il ait fallu en ce qui les concerne, comme en ce qui concerne les tuteurs *cessantes suo periculo*, un défaut de surveillance, pour qu'ils fussent tenus de la gestion? Mais, nous le verrons, il n'y a aucune trace d'une évolution du droit en ce sens.

§ 4. — *Non-intervention à un acte isolé.*

Cette question se subdivise en deux autres :

1° Certains des cotuteurs se sont abstenus d'intervenir à la conclusion d'un acte isolé; 2° tous les cotuteurs gérants ou *cessantes* ont négligé de conclure l'acte.

PREMIER CAS : *Abstention de certains tuteurs à l'acte.*

Dans cette éventualité, la même règle doit jouer que dans celle d'une abstention ayant porté sur toute la gestion. En effet, contrairement à l'opinion de Brinz (40), il n'y a aucune raison pour traiter le tuteur qui, d'une façon absolue, n'a pas participé à l'administration autrement que celui dont la non-participation s'est limitée à un acte isolé.

DEUXIÈME CAS : *Abstention de tous les tuteurs à l'acte.*

Quelques textes prévoient la question.

Papinien (41) décide notamment que, quand un bien a péri par la négligence de tous, ceux qui sont restés à l'écart de la gestion, de même que ceux qui y ont en général participé, sont responsables sans ordre de substitution, c'est-à-dire sans distinguer entre le premier ou second rang :

...Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia perit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat

(40) BRINZ, 2^e édit., t. II, p. 663.

(41) PAPINIEN (*L. 5 respons.*), *D.*, 26, 7, 39, 11.

M. Lévy (42) considère ce texte comme interpolé, du moins pour la partie que nous étudions. Il justifie son opinion par l'emploi abusif de *spectare* avec l'accusatif *periculum omnium spectat*, alors que régulièrement ce verbe aurait dû être employé de la façon suivante : *eius periculum ad omnes spectat* (43). L'incorrection du style ne nous semble pas douteuse néanmoins sa solution apparaît très logique. Le texte est peut-être d'ailleurs une scolie postclassique.

En effet, tous les tuteurs, gérants habituels ou non gérants, n'ont pas conclu l'acte intéressant la conservation d'un bien du pupille. Ils se sont donc, au point de vue de cet acte, comportés, aussi bien les uns que les autres, comme des *cessantes suo periculo*; et, comme il n'y a aucun gérant à poursuivre avant eux, il est normal qu'ils soient tenus tous ensemble au premier rang.

C'est également cette solution qu'admet une constitution d'Alexandre-Sévère (44), dans laquelle est faite la distinction entre non-gestion de certains cotuteurs et non-gestion de tous les cotuteurs.

Elle est ainsi conçue :

Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. Si qua vero sunt, quae cum geri debuerunt ommissa sunt, latae cul-pae ratio omnes aequaliter tenet.

Dans la première phrase non suspectée, est rappelé le caractère subsidiaire de la responsabilité des *cessantes suo periculo* (45) : la solvabilité des gérants emporte leur libération.

(42) LÉVY, *op. cit.*, p. 66.

(43) Voir sur ce passage également, SOLAZZI, *Minore Età*, p. 59, n. 3; Riv., t. LIV, p. 44.

(44) ALEXANDRE-SÉVÈRE, C., 5, 53, 2.

(45) Il est hors de doute que les tuteurs *qui se non immiscuerunt*

Dans la seconde phrase, il est question de biens qui n'ont été gérés ni par les gérants, ni par les autres cotuteurs; Alexandre-Sévère décide que tous les tuteurs seront tenus au même titre.

Comme pour la solution identique donnée par Papinien, M. Lévy (46) soulève l'interpolation, et, cette fois encore, avec raison. Il la justifie, en effet, par l'emploi de l'indicatif *debuerunt* avec *cum*, pris ici dans un sens concessif, par l'abus de style de *culpa ratio*, personification d'un terme abstrait, que les Classiques n'auraient pas faite.

Mais à nouveau, nous sommes obligés de reconnaître que la solution en soi est logique (47).

Nous la trouvons d'ailleurs exprimée par Tryphoninus, dans un fragment qui, lui, au moins, n'est pas suspecté (48) :

tutela n'étaient pas autorisés à ne pas gérer, les mots *quae cum geri debuerunt* de la phrase suivante démontrent qu'Alexandre-Sévère envisageait une abstention injustifiée soit de certains, soit de tous les tuteurs.

(46) LÉVY, *op. cit.*, p. 67.

(47) Le texte correspondant des *Basiliques*, 38, 16, 2 (HEIMBACH, t. III, p. 783) fonde la responsabilité des tuteurs non gérants, au cas d'insolvabilité des gérants, sur le défaut de surveillance. ... εἰ δὲ ἄπορος ἐστίν. ἐνίχεται, διότι ὡς ὑπόπτον οὐκ ἀπεχίνησε τὸν συνεπίτροπον. Il est à rapprocher de la constitution d'Alexandre-Sévère, C., 5, 55, 1, citée *supra*, p. 217 et, comme cette constitution, il reproduit le droit du Bas-Empire, substituant la faute personnelle de négligence à la faute d'abstention injustifiée, à la base de la responsabilité du *cessans suo periculo*.

(48) TRYPHONINUS, D., 26, 7, 55, 3 : M. Lévy n'a pas suspecté le passage qui nous intéresse, bien qu'il ait rejeté comme interpolée toute la fin du § 3 : *exigi autem ab eo solo periculum ob alia quae non gessit non oportet, nisi si qua talia sunt, quae vel consummationem coeptorum ab eo desiderabant vel ita coniuncta fuerunt, ut separari non debuerunt*. Il estime (*op. cit.*, p. 68) que cette dernière phrase n'est compréhensible que si l'on met *ea* à la place d'*alia*, et si l'on supprime *non* devant *gessit*.

Tel n'est d'ailleurs pas notre avis. Le mot *alia* désigne les autres

Item in eo quod nemo gessit non utique eius periculum est, qui quaedam gessit, sed communiter omnium...(49).

C'est la solution rencontrée chez Papinien et Alexandre-Sévère, et due, dans les deux textes à une intervention étrangère.

Nous pouvons donc dire qu'aussi bien le droit de l'Epoque Classique que celui du Bas-Empire ont, pour le cas où certains biens isolés avaient été négligés, admis la responsabilité commune et égale de tous les cotuteurs, sans distinguer entre ceux qui avaient habituellement géré et ceux qui s'étaient tenus à l'écart de la gestion.

Et, conformément aux règles habituelles de la responsabilité, il est vraisemblable que tous étaient tenus *in solidum*,

choses que le tuteur, *qui quaedam gessit* (début du texte) a négligées; il s'oppose à *quaedam*. Et partant de là le *non* devant *gessit* se comprend parfaitement. Et la pensée de Tryphoninus nous semble très intelligible : quand personne n'est intervenu à la gestion de certains biens le tuteur qui, d'habitude, s'acquitte de la gestion, ne peut être poursuivi seul, à l'exclusion des *cessantes suo periculo*, à moins qu'il ne s'agisse d'actes de gestion intimement liés à d'autres actes que lui-même a négociés. Car, en ce cas, c'est à lui de parfaire ce qu'il a commencé, et à lui seul. Le développement ainsi déduit semble très admissible, et en tout cas compréhensible.

Mais M. Lévy relève en outre comme symptômes d'interpolation, la personification de mot abstrait : *consummationem*, l'emploi de *coeporum* pour *rerum coeptarum*, de *ut* avec l'indicatif *debuerunt*. Et ces raisons nous semblent décisives. D'ailleurs, c'est aussi l'opinion de SOLAZZI (*Riv.*, t. LIV, p. 39), qui relève pour son compte l'expression très douteuse *exigere periculum* et les changements imprévus de temps : *gessit, sunt, desiderabant, coniuncta fuerunt*.

(49) Il s'agit bien de *cessatio suo periculo* commune. D'une part l'absence injustifiée du tuteur *qui quaedam gessit* est démontrée d'elle-même, car s'il avait été autorisé à ne pas gérer, ce tuteur n'aurait pas participé partiellement à cette gestion pour laquelle il eût été sans qualité. Quant aux autres tuteurs, indiscutablement, ils n'étaient pas non plus régulièrement écartés de la gestion, car le texte les confond avec le tuteur qui *quaedam gessit*, dont nous venons d'établir la carence injustifiée, dans l'expression *in eo quod* « *nemo* » *gessit*.

puisque'il y avait à leur charge faute résultant de leur abstention injustifiée.

.....

Pour conclure cette étude de la *cessatio suo periculo*, il faut retenir que l'abstention d'un tuteur n'empêchait pas, en matière de tutelle testamentaire, à l'Epoque Classique, et, d'une façon générale, sous Justinien, la gestion de la tutelle, puisque l'*auctoritas* d'un seul tuteur suffisait pour habiliter le pupille, de même que, dans certains cas, la *negotiorum gestio* d'un seul tuteur suffisait pour agir au nom dudit pupille.

Mais le tuteur défaillant restait responsable de la gestion à laquelle il n'avait pas participé, à titre subsidiaire.

D'autre part, il y a lieu de remarquer que l'*actio tutelae*, qui est spécifiquement une action en reddition de comptes de gestion (30), n'a pu être étendue au défaut de gestion que sous la forme d'une action utile.

Au Bas-Empire, on a eu tendance à substituer à la responsabilité des tuteurs *cessantes suo periculo*, fondée sur la communauté des risques de la tutelle, la responsabilité fondée sur le défaut de surveillance.

Mais l'ancienne responsabilité a subsisté nécessairement, quand il s'agissait de l'abstention de tous les tuteurs à un acte, et que, par conséquent, le *suspectum facere* était inapplicable. En ce cas, tous étaient tenus par le fait même de leur abstention *in solidum*.

(30) Cette idée se déduit tant du texte de Paul, *D.*, 46, 6, 4, 3 que de celui d'Ulpien, *D.*, 27, 3, 9, 4, étudié *supra*, p. 151 et s.

SECTION II

Responsabilité des cotuteurs *cessantes* autorisés.

En autorisant la gestion d'un seul tuteur, soit qu'il ait été nommé par le testateur (51), ou par la majorité des tuteurs (52), ou par le prêteur (53), soit qu'il ait donné caution en vue de gérer seul (54), les textes ont implicitement admis comme régulière la non-participation à la gestion des autres tuteurs.

Ce sont ces tuteurs que nous qualifions de *cessantes* autorisés et dont nous allons nous efforcer de déterminer la responsabilité à l'Epoque Classique et au Bas-Empire, en les distinguant d'après l'origine de leur exclusion de la tutelle (55).

§ 1. — *Droit classique.*

A. — GESTION CONFIEE A L'UN DES COTUTEURS PAR VOLONTÉ DU TESTATEUR.

Nous n'avons aucun texte sur la question et sommes réduits à des conjectures (56):

(51) Cas envisagé par ULPIN, *D.*, 26, 7, 3, 1, cité p. 94.

(52) Cas envisagé par ULPIN, *D.*, 26, 7, 3, 7, cité p. 97.

(53) Cas envisagé par PAUL, *D.*, 26, 7, 24, 1, cité p. 103. n. 44. et ULPIN, *loc. cit.*

(54) Cas envisagé par ULPIN, *D.*, 26, 2, 17, p. 84. n. 2 et *D.*, 26, 2, 19, 1, p. 86, n. 7.

(55) Nous laisserons de côté l'éventualité où le cotuteur s'est tenu à l'écart de la tutelle, en vertu d'un motif légitime. Il est en ce cas évidemment libéré de toute responsabilité (Cf. *supra*, p. 59).

(56) Il existe sans doute un texte d'Ulpin (*D.*, 26, 7, 3, 2), qui déclare que les tuteurs exclus de la gestion par volonté testamentaire sont tenus subsidiairement de cette gestion; mais ce texte, nous l'avons dit (voir *supra*, p. 138 et s.), est interpolé, et la responsabilité à laquelle il fait allusion est la responsabilité issue du *suspectum facere*.

D'après M. Lévy (37), un tuteur qui n'a pas participé à la gestion ne peut en être responsable qu'à la condition que l'on puisse lui reprocher son abstention, c'est-à-dire à condition qu'il soit *cessans suo periculo*.

Nous partageons cette opinion. En effet le principe en notre matière, rappelons-le, est que seul « celui qui a géré » engage sa responsabilité à l'égard du pupille, à moins que « celui qui n'a pas géré » ait commis une faute en s'abstenant sans droit de la gestion. Paul est formel sur ce point (38).

Si donc des cotuteurs se sont tenus à l'écart de la gestion, parce qu'une autorité qualifiée en a ainsi décidé, dans notre espèce l'auteur du testament qui les a nommés à la tutelle, on ne peut mettre à leur charge une responsabilité quelconque.

B. — GESTION CONFIEE A L'UN DES COTUTEURS PAR DÉCISION DE LA MAJORITÉ D'ENTRE EUX OU DU PRÉTEUR.

Nous avons un fragment d'Ulpien duquel il résulte que, si les cotuteurs n'acceptent pas la désignation du gérant émanée du prêteur, parce que n'ayant pas confiance en lui, ils peuvent demander à gérer tous ensemble (39).

Ceci implique, à notre avis, que les cotuteurs sont responsables du collègue gérant choisi par le prêteur. Sinon, on ne comprendrait pas qu'ils demandassent à gérer tous ensemble, parce que se méfiant de lui. Car leur intérêt bien compris est d'éviter les responsabilités.

(37) LÉVY, *op. cit.*, p. 74. L'auteur écrit notamment : « Du défaut de droit à la gestion découle indiscutablement le défaut d'obligation de gérer, et, partant de là, l'absence de toute responsabilité. »

(38) Paul, *D.*, 46, 6, 4, 3, cité *supra*, p. 209 et 210.

(39) ULPYEN, *D.*, 26, 7, 3, 8. Voir *supra*, p. 99 et s.

Mais nous savons, en outre, que la désignation du tuteur gérant n'était faite par le préteur qu'à défaut d'accord entre les cotuteurs. Aussi semble-t-il logique que, si les tuteurs étaient responsables du collègue désigné par le préteur, ils l'étaient également du collègue qu'eux-mêmes avaient désigné.

Cette solution étant posée, il convient de l'interpréter.

A notre avis, elle sous-entend :

1° que la remise de la gestion par les tuteurs à l'un d'entre eux équivaut à un mandat implicite de gérer;

2° que la désignation du gérant par le préteur, à défaut d'accord entre les tuteurs, est faite au nom et pour le compte de ces derniers, en sorte que dans ce cas comme dans l'autre, le gérant est mandataire de ses collègues;

3° que le tuteur gérant représente les tuteurs *cessantes*, ses mandants, vis-à-vis du pupille, comme il représente le pupille vis-à-vis des tiers; et ce, contrairement au vieux principe de non-représentation du mandat (60).

(60) Voir sur la question de représentation du mandat, sur la dérogation admise en matière de tutelle et sur la réforme de Papinien, CUG, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 212, 410 et s.; GIRARD, *op. cit.*, p. 709 et s.

Une constitution de Sévère et Antonin (C., 2, 18, 4) est ainsi conçue : *Qui pupillae negotia tutoris mandato suscepit, pro tutore negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione pupillae tenebitur.*

Il résulte de ce texte que le tiers, mandataire d'un tuteur, ne représente pas ce tuteur à l'égard de la pupille. Car, s'il le représentait, ce n'est pas contre lui que la pupille devrait agir, par voie de *negotiorum gestorum* (le tuteur étant vraisemblablement tenu de son côté, en raison de son défaut de gestion), mais contre le tuteur, son mandant, par voie d'*actio tutelae*.

La représentation des tuteurs par le collègue à qui ils ont donné implicitement mandat de gérer en lui confiant la gestion, telle que nous venons de la déduire du texte d'Ulpien, se trouve-t-elle infirmée ? Non, à notre avis. Car notre espèce est tout à fait différente de celle qu'envisage la constitution précédente.

On peut expliquer la décision de cette dernière de la façon suivante :

D'après la constitution, le mandat de gérer a été donné par le tuteur

Ainsi comprise, l'idée d'une responsabilité des tuteurs cessantes autorisés est conforme à l'esprit du *periculum commune*. Etant établi que les risques de la gestion incombent aux tuteurs gérants, on peut admettre qu'ils continuent à incomber, aux tuteurs, lors même qu'ils ne gèrent pas en fait, si l'on suppose que le gérant agit tant en son nom personnel que comme mandataire représentant ses collègues. D'autre part, cette solution n'est pas contradictoire avec

à un tiers de sa seule volonté. Mais la désignation d'un tuteur étant faite en considération de la personne, ce tuteur n'avait pas le droit de se substituer de lui-même un tiers dans les devoirs de sa charge. Le mandat qu'il a donné est donc nul. Et l'on peut dire que c'est en raison de cette nullité que le tiers est considéré non pas comme représentant le tuteur, mais comme un gérant d'affaires.

Mais dans le cas qui nous occupe, le mandat de gérer donné par les tuteurs, ou leur représentant, le préteur, à l'un d'eux, est prévu et admis par les textes.

Par conséquent, la solution de Sévère et Antonin ne contredit en rien celle d'Ulpien, puisqu'elle s'explique par la nullité du mandat donné par le tuteur, alors qu'Ulpien se place au contraire dans un cas de validité du dit mandat.

D'ailleurs un texte de Pomponius (*D.*, 26, 1, 43, 1, étudié *supra*, p. 39 et 40), établit l'effet représentatif du mandat de gérer donné par le tuteur, dans le cas où il est valable, à une époque antérieure à Sévère et Antonin. Il autorise en effet le tuteur à prendre un collaborateur, avec l'avis du préteur, et déclare qu'il est responsable de ce collaborateur : *Est etiam adiutor tutelae, quem solet « praetor permittere » tutoribus constituere... ut « suo periculo » eum constituant*. Or être responsable des actes de gestion dont on a chargé un tiers implique évidemment que ce tiers agit par représentation de celui, dont il tient ses pouvoirs, qu'il représente son mandant.

Et notre texte appartient à l'Enchiridion, qui date du règne d'Hadrien, prédécesseur d'Antonin le Pieux (*Dictionnaire des Antiques*, t. III¹, p. 721, n. 46), alors que la constitution de Sévère et Antonin date de l'an 201, suivant Goxau, *op. cit.*, p. 231.

Enfin un texte de Tryphoninus (*D.*, 26, 7, 53, 2) peut faire douter que la constitution ait été généralement admise. Il considère en effet comme valable le mandat de gérer donné par un tuteur à un tiers, et déclare le tuteur responsable de la gestion, comme s'il y avait personnellement participé : *...ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit...*

le principe exprimé par Paul. Dire que les tuteurs écartés de la gestion par décision prise à la majorité d'entre eux ou par le préteur, en restent néanmoins tenus, n'est pas incompatible avec l'idée que seuls ceux qui ont géré sont responsables, puisque ces tuteurs sont les mandants du collègue gérant. Celui-ci, à chaque acte qu'il conclut, agit en double qualité de tuteur et de mandataire des autres tuteurs et, par l'effet de la représentation, tout se passe comme s'ils avaient participé réellement à l'acte en question.

Enfin, elle n'est pas non plus contraire à l'équité. Les tuteurs, en effet, n'ont pas été tenus, contre leur volonté, d'accepter que la gestion fût confiée à l'un d'eux. Ils avaient le droit absolu de demander au préteur que la tutelle restât indivise ou, au contraire, fût partagée entre eux (61). Ils ont préféré désigner un gérant unique, en qui ils mettaient leur confiance, ou accepter que cette désignation fût faite, à leur lieu et place, par le préteur. Il est normal qu'ils aient à répondre de la gestion de leur élu.

Rappelons, pour terminer, que, selon Ulpien, la règle, en présence d'une tutelle indivise et sauf volonté contraire des tuteurs, était de confier la gestion à un seul tuteur (62). Si l'on avait admis que le gérant, non seulement administrait seul, mais encore était seul responsable vis-à-vis du pupille, on aurait pratiquement supprimé la pluralité des tuteurs (63).

(61) Voir ULPEN, *D.*, 26, 7, 3, 8 et 9, étudié *supra*, p. 99 et s.

(62) ULPEN, *loc. cit.*, § 7.

(63) Mais alors, comment concevoir qu'un testateur attribuât la gestion à l'un des tuteurs qu'il avait désignés à son fils, puisque nous avons dit que les autres tuteurs n'étaient pas responsables de la gestion ? Sans doute, habituellement, ceux-ci étaient chargés d'une mission spéciale : tuteurs honoraires, ou bien, à défaut, la qualité de tuteurs leur était attribuée, dans l'esprit du testateur, pour leur permet-

Dans ces conditions, nous concluons à la responsabilité des tuteurs écartés de la gestion du fait de l'attribution de la gestion à un seul tuteur par décision de la majorité des cotuteurs ou par désignation du prêteur.

Mais, par raison d'équité, ne devra-t-on pas retenir leur responsabilité seulement en second rang?

Puisque les cotuteurs *cessantes suo periculo*, c'est-à-dire ceux qui se sont abstenus sans droit de la gestion, n'ont à répondre de celle-ci que subsidiairement, cette faveur peut sembler devoir être accordée *a fortiori* aux tuteurs *cessantes* autorisés, qui n'ont aucune faute à se reprocher.

Cependant, tel n'est pas notre avis.

Les cotuteurs sont responsables de la gestion, bien que régulièrement écartés de celle-ci, parce que considérés comme les mandants du cotuteur gérant. C'est donc en partant de ce principe qu'il faut raisonner. Et l'on doit en déduire qu'ils sont tenus de la gestion avec le tuteur gérant, lui-même étant responsable en tant que tuteur et engageant la responsabilité de ses collègues en tant que leur mandataire, suivant la nature de la responsabilité de celui-ci solidairement ou *in solidum* (64).

tre de s'immiscer plus aisément dans les affaires de la tutelle et de mieux s'acquitter du devoir de surveillance incombant à l'entourage du pupille.

(64) On se heurte en ce qui concerne l'*in solidum* à l'objection suivante : Cette responsabilité ne peut concerner les tuteurs *cessantes* autorisés, puisqu'ils n'ont commis personnellement aucune faute et qu'ils ont donné mandat à leur collègue de gérer sans doute, mais non pas évidemment de commettre des fautes.

Il faut répondre que par le fait même de la représentation qui est à la base du mandat, tout doit se passer à l'égard du pupille, comme si ces tuteurs avaient personnellement géré. Ainsi donc, ils seront responsables *in solidum* des dommages subis par le pupille du fait de la mauvaise gestion de leur mandataire. Mais puisque effectivement ils n'avaient pas donné à leur mandataire mission de commettre des fautes, ils auront un recours contre lui.

D'ailleurs, d'après le texte d'Ulpien qui nous occupe, on ne peut

Pour admettre une responsabilité seulement subsidiaire à la charge des *cessantes*, c'est-à-dire pour repousser l'application des principes normaux du droit, il faudrait être couvert de l'autorité d'un texte. Or nous n'en possédons pas.

C. — GESTION CONFIEE A L'UN DES COTUTEURS
MOYENNANT CAUTION.

Quand un tuteur obtient de gérer seul, à condition de donner caution à ses collègues, ceux-ci restent évidemment tenus à ses côtés. Les garanties qu'ils exigent en effet du gérant ne peuvent se concevoir que si leur responsabilité est engagée. Sinon, elles n'auraient aucune raison d'être. Et le fait par les cotuteurs de recevoir caution indique sans ambiguïté qu'en s'en remettant des soins de la gestion à l'un d'entre eux, ils n'ont pas modifié au point de vue du pupille les règles normales de responsabilité.

Il ne s'est agi que d'une entente des tuteurs sur la manière dont la gestion serait assumée, mais elle reste, à l'égard du pupille, commune. Et ceci ne peut se comprendre qu'en admettant que le tuteur gérant sous caution est, comme dans le cas précédent, à la fois tuteur et mandataire tacite de ses collègues qu'il représente (63). Par suite, évi-

qu'admettre leur responsabilité d'une façon générale, sans distinguer l'*in solidum* de la solidarité proprement dite.

De plus Thyphoninus, dans un cas de *cessatio* impliquant également un mandat tacite de gérer, assimile le *cessans* à un gérant (voir *infra*). Refuser d'admettre la responsabilité des *cessantes*, *in solidum*, ce serait établir une différence entre tuteur gérant par lui-même et tuteur *cessans* gérant par mandataire, contrairement à l'opinion du jurisconsulte.

(63) Ici, comme dans le cas d'élection du gérant par la majorité de ses collègues, la constitution de Sévère et Antonin est inapplicable, parce que la remise de la gestion à un tuteur moyennant caution, qui vaut mandat, est prévue par les textes.

demment, la responsabilité des *cessantes* sera, comme précédemment, soit solidaire, soit *in solidum*, aux côtés du gérant.

Et c'est bien ainsi que la question est résolue par Tryphoninus.

Le texte se préoccupe de déterminer la responsabilité de trois tuteurs, dont l'un a géré, l'autre a donné mandat à un tiers de gérer, et le dernier n'a rien fait du tout (66). Le jurisconsulte répond, en ce qui concerne le tuteur *cessans* :

... *Gessisse tutelam is creditur... qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit.*

Binder (67) rejette comme interpolée la dernière partie de la phrase : *nec potest...* Il y voit une allusion au bénéfice de discussion dont, à son point de vue, Tryphoninus n'a pu se préoccuper.

Indiscutablement, si l'incidente dont s'agit se réfère au bénéfice de discussion, elle est interpolée, puisque ce bénéfice est de création justinienne. Mais, à notre avis, elle se réfère simplement au caractère subsidiaire de l'engagement du *cessans suo periculo*, caractère qui, lui, est absolument classique.

Aussi l'opinion de Binder ne nous semble-t-elle pas convaincante (68).

(66) TRYPHONINUS (*L. 14 disput.*), *D.*, 26, 7, 35, 2. Voir le texte du pr. qui pose des termes du problème, *supra*, p. 202, n. 92. Il y a lieu de remarquer d'ailleurs qu'au § 2, Tryphoninus a perdu de vue l'hypothèse initiale, puisqu'il parle d'un tuteur auquel toute la gestion a été attribuée : *eique permisit administrationem « totius tutelae »*, alors qu'au pr., il y avait deux tuteurs gérants, l'un en personne, l'autre par mandataire.

(67) BINDER, *op. cit.*, p. 343.

(68) C'est aussi l'avis exprimé par SOLAZZI, *Riv.*, t. LIV, p. 37.

D'ailleurs, même en excluant ce dernier membre de phrase, il n'en reste pas moins que Tryphoninus considère le cotuteur qui a permis à un collègue de gérer seul toute la tutelle, moyennant caution, comme devant être, au regard du pupille, assimilé lui-même à un gérant. Or, cette assimilation exclut en soi toute idée d'engagement simplement subsidiaire et implique que les *cessantes* écartés de la gestion par la remise d'une caution sont, ainsi que nous l'avions présumé, tenus soit solidairement, soit *in solidum*, avec leur collègue gérant.

§ 2. — *Tendance du Bas-Empire.*

On pourrait croire que la faute dérivée du défaut de surveillance ait eu tendance à remplacer la notion de mandat tacite dans le fondement de la responsabilité des *cessantes* autorisés, comme elle a eu tendance à remplacer la notion de carence injustifiée dans le fondement de la responsabilité des *cessantes suo periculo*.

En effet, nous avons vu, dans un texte remanié au Bas-Empire, que, hors le cas de défaut de surveillance, *suspectum facere negligere*, la responsabilité des cotuteurs *cessantes suo periculo* n'est pas engagée.

Certum est... qui gerere debuerunt tutelam teneri..., si modo cum suspectos (s.-ent. gerentes) facere deberent, id officium omiserunt (69).

En d'autres termes, le compilateur a jugé insuffisante, pour rendre ces tuteurs responsables vis-à-vis du pupille, la faute résultant de leur carence injustifiée.

Or, dans notre espèce, il n'y a aucune faute à relever con-

(69) ALEXANDRE-SÉVÈRE, C., 5, 35, 4.

tre les cotuteurs *cessantes*. Ils ont été autorisés à ne pas participer à la gestion dans des conditions régulières, prévues par les textes.

On doit donc en conclure, semble-t-il, qu'au Bas-Empire les cotuteurs *cessantes* autorisés, plus encore que les cotuteurs *cessantes suo periculo*, puisqu'ils n'avaient commis aucune faute, méritaient d'être libérés de toute responsabilité vis-à-vis du pupille, hors le cas de défaut de *suspectum facere*?

Mais nous ne pensons pas qu'il convienne de raisonner de cette façon.

Une distinction est à faire, suivant que la *cessatio* autorisée repose sur une exclusion testamentaire de la gestion ou sur le mandat tacite de gérer donnée à un collègue, soit qu'il ait été désigné, par les tuteurs ou en leur nom par le prêteur, soit qu'il ait donné caution pour gérer seul.

Dans le premier cas, aucune responsabilité à l'Epoque Classique, nous le savons. Mais une responsabilité subsidiaire basée sur le *suspectum facere* au Bas-Empire d'après un texte remanié d'Ulprien (70).

Dans le second cas, responsabilité commune avec le tuteur gérant à l'Epoque Classique, nous venons de le voir. Mais aucun texte ne nous indique le droit du Bas-Empire.

Or aucun texte non plus n'indique que la responsabilité admise à l'Epoque Classique ait disparu. Et ce qui semble confirmer qu'elle s'est maintenue, c'est que les textes classiques d'où elle se déduit ont été reproduits tels quels au Digeste par les compilateurs. Par suite, il est impossible de supposer une responsabilité de second rang, basée sur le *suspectum facere*, qui ferait d'ailleurs double emploi avec elle.

(70) ULPRIEN, *D.*, 26, 7, 3. 2, étudié *supra*, p. 138 et s.

Il reste à préciser son évolution. Pour l'apprécier, il faut se référer à celle que nous avons constatée, soit au cas de responsabilité *in solidum*, soit au cas de solidarité proprement dite, puisque nous savons que ces tuteurs *cessantes* autorisés sont tenus au même titre que le gérant.

Et nous dirons en conséquence, qu'au point de vue de l'*in solidum*, comme au point de vue de la solidarité, les principes admis à l'Epoque Classique ont continué d'être admis au Bas-Empire, avec cette réserve toutefois, en ce qui concerne la solidarité, qu'une faveur nouvelle, le bénéfice de division, est venue faciliter davantage encore le recours du tuteur qui avait réglé la dette du pupille, et qu'une faveur ancienne, le bénéfice de cession d'actions, a été améliorée.

.....

En conclusion, nous voyons qu'à l'Epoque Classique, les cotuteurs *cessantes* autorisés, dans le cas où ils ont été exclus soit par décision de tous les tuteurs à la majorité, soit, à défaut, par décision du prêteur, sont tenus à l'égard du pupille de la gestion du collègue gérant au même rang que ce dernier et solidairement ou *in solidum*, suivant les circonstances.

Si au contraire leur exclusion résulte de la désignation par le père dans son testament d'un gérant unique, ils ne sont en rien tenus de la gestion de ce collègue.

Quant au Bas-Empire, il a d'une part étendu la responsabilité de second rang basée sur le *suspectum facere*, admise à l'égard des tuteurs *cessantes suo periculo*, aux tuteurs *cessantes* écartés de la gestion par testament, et d'autre part conservé très vraisemblablement les solutions de l'Epoque Classique, concernant les autres tuteurs *cessantes* autorisés, en se contentant d'accroître les faveurs de cette époque en matière de responsabilité solidaire proprement dite.

CHAPITRE III

COTUTEURS ET MAGISTRATS

La question est de savoir si le pupille a simplement un recours contre ses cotuteurs soit pour leur fait, soit pour le fait de leurs collègues, ou si, au contraire, il peut encore agir en responsabilité contre les magistrats qui ont désigné ces tuteurs ou ont omis d'exiger d'eux la remise de la *cautio rem pupilli salvā fore*. Et l'on doit se demander si ces magistrats seront tenus avant, en même temps ou après les cotuteurs.

Nous examinerons la question sous deux aspects différents, suivant que les magistrats sont en concours soit avec les tuteurs qu'ils ont nommés ou à qui ils ont omis de réclamer la *cautio pupilli*, soit avec des tuteurs *cessantes suo periculo*.

§ 1. — *Cotuteurs et magistrats dont ils dépendent.*

Il semble logique que le magistrat qui a nommé un tuteur ne puisse être poursuivi avant lui. En effet, celui-ci n'est tenu qu'indirectement et seulement par le fait de l'insolvabilité du tuteur. On ne peut donc le rendre responsable avant ce dernier (1).

(1) Dans le cas où le magistrat répond du tuteur, dont il n'a pas exigé caution (envisagé par JULIEN, *D.*, 27, 8, 5, *infra*, p. 238), il est bien évident que le raisonnement est identique.

C'est pourtant une solution inverse que semble admettre Paul. Il envisage l'hypothèse suivante :

Un certain Romanus Appulus, étant magistrat, avait nommé un tiers tuteur. Et le texte précise : *nominasset suo periculo*, ce qui montre que le magistrat engage sa responsabilité à l'égard du pupille concernant le tuteur qu'il lui désigne. Par la suite, ce magistrat a cessé ses fonctions et, rentré dans la vie privée, il a été appelé à la tutelle comme collègue de celui qu'il avait autrefois nommé.

Ne voulant pas avoir à répondre du fait de la tutelle, à la fois comme magistrat et comme tuteur, *ne in tutela duplex periculum sustineret*, Appulus a fait appel devant l'Empereur de la sentence du juge qui maintenait sa nomination. Paul, rapporte le décret de l'Empereur rejetant ledit appel pour ce motif que l'on peut à la fois être fidéjusseur d'un tuteur et néanmoins tuteur soi-même : *posse quem et fideiussorem pro tutore esse et nihilo minus tutorem dari : itaque detentus est in tutela* (2).

Cette solution suppose une analogie entre la responsabilité d'un magistrat, concernant le tuteur qu'il a désigné, et celle d'une caution de ce tuteur. Si l'on poussait jusqu'au bout cette analogie, on arriverait à admettre que le magistrat pourrait être poursuivi en même temps que le tuteur dont il a à répondre.

Mais il y a lieu d'objecter que quand Paul déclare qu'un magistrat qui a déjà pourvu à la tutelle peut être ensuite tuteur, comme pourrait l'être le fidéjusseur d'un tuteur précé-

(2) PAUL (L. 2 *decret.*), D., 26, 5, 28 : *Romanus Appulus ab iudice appellaverat dicens se non debuisset dari in tutela collegam ei, quem ipse, cum magistratus esset, nominasset suo periculo, ne in una tutela duplex periculum sustineret. Decrevit imperator posse quem et fideiussorem pro tutore esse et nihilo minus tutorem dari : itaque detentus est in tutela.*

dent, il établit entre fidéjusseur et magistrat un rapprochement. Mais rien ne prouve qu'il fasse entre eux une complète assimilation et qu'au point de vue de la responsabilité, il tienne le magistrat au même rang que le tuteur qu'il a nommé, à l'exemple de ce qui se passe pour le fidéjusseur.

D'ailleurs, à supposer même (et nous verrons plus loin que cette supposition est impossible) (3) que l'assimilation complète soit dans l'esprit du texte, nous savons qu'avant la création du bénéfice de discussion par Justinien, un créancier ne pouvait poursuivre la caution de son débiteur, si celui-ci était solvable, dans un esprit de vexation à l'égard du débiteur, sans encourir de sa part une action d'injures (4).

L'équité commanderait que la même règle s'appliquât aux magistrats si on les considérait comme des cautions.

Dans ces conditions, la solution que la logique exige était vraisemblablement celle qu'admettaient les jurisconsultes : les magistrats répondaient du fait du tuteur qu'ils avaient nommé, mais seulement après lui et à son défaut.

§ 2. — *Cotuteurs cessantes suo periculo et magistrats.*

Il s'agit ici d'un tuteur *cessans*, qui s'est abstenu de gérer sans autorisation (5). La question est de déterminer si sa

(3) Voir *infra*, p. 247 et la note.

(4) GAIUS (*L. 22 ad Edict. provinciale*) *D. 47, 10, 19* : *Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit iniuriarum tenetur.*

Ce texte est cité par Girard, *op. cit.*, p. 732, n. 4; par Cuq, *op. cit.*, p. 643, n. 2. Voir également CICÉRON, *Ep.* 16, 15 et PSEUDO-QUINTILIEN, *Declam.*, 273.

(5) Nous laissons volontairement de côté le cas de concours entre magistrats et cotuteurs *cessantes* autorisés. Nous n'avons, le concernant, aucun texte; il est très difficile, dans ces conditions, de résoudre le problème. Il nous semblerait du moins admissible que la responsabilité de ces tuteurs passe avant celle des magistrats qui ont désigné le

responsabilité sera engagée avant ou après celle des magistrats, soit que ceux-ci aient omis d'exiger des garanties du tuteur gérant, soit qu'ils l'aient désigné.

Interrogeons les textes.

A. — FAUTE DU MAGISTRAT.

Dans un fragment de Julien, que nous avons déjà examiné, il est question de deux tuteurs, qui se sont partagé la gestion, et dont l'un est mort sans héritier. Deux personnes peuvent être poursuivies : d'une part le collègue survivant, d'autre part le magistrat qui a négligé de faire prêter au tuteur prédécédé la *cautio pupilli* ⁽⁶⁾.

Julien considère qu'il vaut mieux poursuivre le collègue que le magistrat : *Respondi aequius esse in alterum tutorem dari* (s.-ent. *actionem*) *quam in magistratum*.

Deux conclusions sont à déduire de ce texte :

1° La responsabilité d'un magistrat n'est pas seulement engagée lorsqu'il a nommé le tuteur; elle l'est aussi lorsque, s'agissant d'un tuteur quelconque ⁽⁷⁾, il a négligé de lui réclamer les garanties prévues par la loi.

gérant ou omis de lui réclamer des garanties, car ces tuteurs sont tenus au même rang que les gérants, alors que, nous l'avons dit plus haut, les magistrats ne le sont qu'après lui.

(6) JULIEN, *D.*, 27, 8, § (étudié *supra*, p. 70 et s.) : *...quaesitum est, in magistratum, qui non curasset ut careretur an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet...*; *Bas.*, 38, 8, § (HEIMBACH, t. III, p. 742) : *Ἐν δὲ ἐπίτροποι μὴ θεωροῦντες τὰς ἐν ἑαυτοῖς διέδωκεν αὐτῇ διόλκην...*

Le texte du Digeste est beaucoup plus précis que celui des Basiliques car il indique que le défaut de garanties du tuteur prédécédé est imputable au magistrat, alors que les Basiliques se contentent de dire que les cotuteurs n'avaient pas fourni de caution.

(7) Le tuteur à qui le magistrat doit réclamer la *cautio pupilli* n'est pas forcément le même que celui qu'il a nommé. Nous savons que sont astreints à la caution, non seulement les tuteurs datifs, mais encore les tuteurs légitimes. D'autre part on peut imaginer un tuteur dési-

2° En présence d'un cotuteur qui s'est abstenu, sans droit, de gérer (8), le magistrat n'est responsable qu'en second lieu de la gestion, bien qu'il ait omis de faire pres-ter par le tuteur gérant la *cautio pupilli*. En autres termes, quand collègue du tuteur qui a géré et magistrat sont coupables d'une faute de négligence analogue, c'est le collègue du tuteur qui est responsable le premier.

Mais il existe un autre fragment de Julien (9), ainsi conçu :

Quod si tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum adversus magistratus actionem ei dari.

Ce texte qui prévoit un recours contre les magistrats, quand le tuteur n'a pas commis de faute, est, par lui-même, très imprécis. Il ne nous dit pas, en effet, de quelle faute il s'agit, ni à quoi se réfèrent les mots *ab hac parte*.

Si l'on consulte le Digeste, on trouve, précédant notre fragment, un texte d'Ulpien qui pose le cas suivant :

Un cotuteur poursuivi a été condamné pour le tout, son collègue étant mort insolvable. Après avoir désintéressé le pupille, il a voulu exercer un recours contre les magistrats qui l'avaient nommé, lui et le cotuteur prédécédé, sans avoir pris soin de leur réclamer la *cautio pupilli*. Ulpien lui refuse le droit d'agir en justice, parce que, de droit commun, le tuteur n'a aucune action contre les magistrats (10).

gné par un magistrat qui, depuis lors, a été relevé de ses fonctions. Si la caution dudit tuteur a disparu, il sera du devoir du nouveau magistrat d'en réclamer une nouvelle, s'il ne veut pas engager sa responsabilité.

(8) Le cotuteur survivant doit, en effet, être assimilé à un tuteur *cessans suo periculo*, relativement à la part de tutelle gérée par son collègue (Voir *supra*, p. 214 et 215).

(9) JULIEN (L. 21 *dig.*), D., 27, 8, 3.

(10) ULPIEN (L. 3 *disput.*), D., 27, 8, 2 : *Proponebatur duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo*

Et le texte se termine par cette phrase, sans grand intérêt :

Senatus enim consultum pupillo subvenit : praesertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.

Ainsi donc on devrait supposer, étant donné le rapprochement que les compilateurs ont fait entre les deux textes, que le « *hac parte* » dont parle Julien, désigne un défaut de surveillance (aussi bien défaut de surveillance proprement dit que défaut de réclamation de garanties au tuteur gérant).

Mais nous savons que tout passage traitant du *suspectum jacere* et de l'obligation pour le cotuteur d'exiger caution de son collègue est interpolé (11). Par conséquent, la phrase que nous venons de citer, exprimant une opinion admise seulement au Bas-Empire, ne peut être celle à laquelle Julien se référerait. Et la question reste entière.

M. Lévy l'a résolue, en rattachant notre fragment au premier texte de Julien que nous avons examiné au début de ce paragraphe, après lui avoir fait subir quelques légères modifications (12).

fecisse, et quaerebatur, an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cum sciret a contutore suo satis non esse exactum. Dicebam, cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse neque tutorem, cum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem...

(11) LÉVY, *op. cit.*, p. 37; voir *supra*, p. 123. Dans la phrase qui nous occupe, le critique décèle en outre l'interpolation de *praesertim...* à *non cavisse*, d'après les signes suivants : emploi de *quod* avec l'indicatif *exegit* dans le style indirect, caractère douteux du mot *imputare*, allure générale de Tribonien. M. BESELER (*op. cit.*, t. III, p. 120) considère également le passage interpolé. Il remarque avec raison qu'il est illogique de justifier à nouveau, par un argument fondé sur la faute du tuteur, son absence de recours contre les magistrats, puisque le début du texte repousse ce recours, de principe, en vertu d'une règle absolument générale, déniaut tout lien de droit entre tuteur et magistrat : ...*nunquam tutor adversus magistratus habet actionem*.

(12) LÉVY, *op. cit.*, p. 38 et 39. D'ailleurs ce rattachement est pos-

Rappelons qu'au texte en question, la responsabilité du tuteur survivant était retenue, de préférence à celle du magistrat, parce qu'il était reproché à ce tuteur de n'avoir pas géré tous les biens et, ce faisant, de s'être comporté comme un *cessans suo periculo*, c'est-à-dire comme un tuteur qui, sans droit, s'est abstenu de gérer (13) :

Debuisse enim eum... universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commississet, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupili non accessisset.

Selon M. Lévy donc, il y aurait lieu de mettre à la suite de cette phrase, le second fragment de Julien, légèrement modifié (14) :

Quod si tutor ab hac parte vacet, non erit iniquum adversus magistratum actionem dari.

Et ce passage aurait la signification suivante : Si le tuteur a été valablement exempté de l'obligation d'administrer la part dévolue à son collègue, c'est contre le magistrat que le pupille exercera son recours. Si donc le partage de la tutelle, au lieu d'avoir été le fait d'une simple entente des tuteurs, a été décidé ou bien par le testateur ou bien par le magistrat (15), il sera opposable au pupille. Et, au cas où l'un des tuteurs sera décédé insolvable (16) et sans héritier, l'autre

sible, car les deux fragments appartiennent au même livre : Livre 24, des *Digesta* de Julien. Ils sont, d'autre part, reproduits au Digeste très près l'un de l'autre : *D.*, 27, 8, 3 et *D.* 27, 8, 3.

(13) Voir *supra*, p. 214 et 215.

(14) Les modifications proposées par M. Lévy sont les suivantes : suppression de *culpa* et de *ei*, et remplacement de *magistratus* par *magistratum*.

(15) D'ailleurs les tuteurs qui désirent que la tutelle soit divisée, n'ont qu'à le demander au préteur. Celui-ci ne pourra que faire droit à leur requête : ULPIN, *D.*, 26, 7, 3, 9, cité *supra*, p. 101.

(16) Julien ne le dit pas, mais on doit nécessairement le supposer,

n'étant pas tenu à sa place, ce sera contre le magistrat qui a commis une faute en ne réclamant pas du tuteur défunt les garanties nécessaires, que le pupille se retournera.

L'hypothèse de M. Lévy est très ingénieuse : elle donne aux deux textes de Julien, l'un étant un cas inverse de l'autre, un sens plus complet et plus net. Mais ce n'est évidemment qu'une hypothèse. Quoi qu'il en soit, il est impossible, si on la rejette, de comprendre le second fragment, puisque les mots *ab hac parte* restent imprécis, et avec eux la nature de la faute dont le collègue est exempt. D'autre part, la construction imaginée par M. Lévy donne une solution essentiellement juridique. Il est normal qu'à l'Epoque Classique le pupille ne puisse poursuivre le collègue de son tuteur, quand la gestion de la tutelle a été divisée régulièrement, et qu'il n'ait, dans ce cas, qu'une action contre le magistrat qui a manqué à son devoir en ne lui faisant pas remettre par ce tuteur la *cautio rem pupilli*, grâce à laquelle il eût pu se faire indemniser.

B. — DÉSIGNATION DU TUTEUR GÉRANT PAR LE MAGISTRAT.

Ici, par hypothèse, aucune faute n'est à reprocher au magistrat. S'il est poursuivi, c'est en tant que répondant du tuteur gérant qu'il a donné au pupille. La question est de savoir s'il sera responsable avant ou après le cotuteur cessans.

Deux textes sont à examiner :

Le premier, de Paul, prévoit l'espèce suivante.

car, sinon le pupille devrait se faire payer sur la vente des biens de l'hérédité vacante (JAVOLENUS [*L. 9 Epist*], *D.*, 49, 14, 11 : *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt...*) et Julien n'aurait pas manqué de le dire.

Deux tuteurs ont été désignés par testament. Mais, l'un étant décédé, le gouverneur lui a fait désigner par les magistrats un remplaçant qui a été tenu de prêter la *cautio pupilli*. Par la suite, le tuteur testamentaire survivant a dénoncé son collègue comme suspect. Quelle est l'étendue de la responsabilité de ce tuteur testamentaire (17)?

Naturellement, il sera d'abord tenu de sa propre gestion :

Paulus respondit tutorem testamento datum pro ea parte conveniri oportere, pro qua parte administravit.

Mais ensuite devra-t-il répondre de la gestion de son collègue ? Il semble que oui, puisque la gestion était indivise entre les deux tuteurs, et que, en principe, chacun est responsable de la tutelle pour le tout, que ce soit solidairement ou *in solidum*. Cependant, Paul, écartant cette responsabilité, appelle en premier lieu les magistrats :

Pro contutoris autem portione prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt vel magistratus qui eum dederunt.

Examinée de plus près, cette contradiction entre les règles de la responsabilité des cotuteurs et l'opinion de Paul s'explique aisément.

Le tuteur testamentaire s'est abstenu d'une partie de la gestion dont s'est acquitté son collègue (18) : c'est ce qu'im-

(17) PAUL (L. 9 respons.), D., 26, 7, 46, 6 : *Cum testamento duo tutores dati essent pupillo et alter ex his vita defunctus fuisset, in locum eius petente matre ex praesidis provinciae praecepto a magistratibus alius tutor datus est, a quo magistratus satis exegerunt rem salvam fore : tutor testamento datus postea datum suspectum fecit : quaesitum est, in quantum teneatur...*

(18) On pourrait faire deux autres hypothèses :

a) La tutelle a été divisée par voie d'autorité et cette division est opposable au pupille;

b) La tutelle a été divisée par accord des deux tuteurs entre eux, et cette division n'est pas opposable au pupille.

La première hypothèse est difficilement soutenable : nous savons en

pliquent sans conteste les termes mêmes du fragment : *pro qua parte administravit...*, *pro contutoris autem portione..* Par conséquent il s'agit d'un cotuteur *cessans suo periculo*, qui n'est responsable des actes de gestion passés par son collègue seul que subsidiairement. Et, en ce cas, on comprend que soient poursuivis avant lui, à défaut du gérant lui-même ⁽¹⁹⁾, les répondants de celui-ci, et, parmi eux, les magistrats qui l'ont nommé.

Ainsi présentée, la solution de Paul est parfaitement juridique : la caution d'un débiteur de premier rang ne peut être poursuivie après un débiteur de second rang.

Sans doute, nous l'avons dit, on ne peut assimiler complètement le magistrat à une caution du tuteur qu'il a nommé ⁽²⁰⁾; mais il est du moins un garant de ce tuteur et c'est à ce titre qu'il doit en répondre. Au contraire, le cotuteur *cessans* n'a à répondre que de lui-même; s'il est tenu de la gestion de son collègue, c'est, en effet, en raison de sa carence injustifiée et non comme répondant de ce collègue ⁽²¹⁾.

effet que, s'il y a eu valable division de la tutelle, les gestions des tuteurs sont totalement indépendantes. L'on comprendrait donc mal que Paul suppose engagée après celle des magistrats : « *prius...* *conveniri... magistratus...* », la responsabilité du tuteur testamentaire. C'est pourtant l'hypothèse que formule SOLAZZI, *Riv.*, t. LIV, p. 47 et s.

La seconde se ramène à une *cessatio suo periculo* engageant subsidiairement la responsabilité de chaque tuteur pour la part gérée par son collègue (Voir *supra*, p. 214 et 215) et l'on retombe dans l'hypothèse que nous avons admise.

(19) Etant donné, nous le savons, que les cotuteurs *cessantes suo periculo* ne sont responsables qu'après le tuteur gérant, Paul, en posant la question de savoir quelle sera la responsabilité du tuteur *cessans*, suppose évidemment, par hypothèse, l'insolvabilité du gérant.

(20) Voir *supra*, p. 236 et 237.

(21) Cf. M. LÉVY (*op. cit.*, p. 54 et 55) :

A son avis, si les deux cotuteurs avaient été désignés par les magis-

On peut d'ailleurs supposer que, si le magistrat n'a pas complètement désintéressé le pupille, le collègue tuteur pourra enfin être poursuivi.

Pourtant, sur ce point, Paul exprime une tout autre opinion :

Tunc si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quaerendum, an suspectum facere debuerit, praesertim cum suspectum quoque eum postulasse dicatur.

Ainsi donc, pour que la responsabilité du cotuteur soit engagée, il faudra qu'il ait manqué à son devoir de surveillance, qu'il ait par exemple dénoncé à tort son collègue.

Ce passage nous apparaît douteux :

D'une part M. Solazzi, bien qu'admettant l'obligation du *suspectum facere* à l'Epoque Classique d'une façon générale et plus spécialement dans notre texte, rejette le membre de phrase : *an suspectum... dicatur* (22).

D'après lui, et c'est aussi notre avis, l'incidente *an suspectum facere debuerit* ne signifie rien. D'autre part, les mots *suspectum postulasse* qui indiquent que le cotuteur a

trats, tous deux seraient tenus pour le tout, et la responsabilité des magistrats ne se poserait qu'après qu'ils auraient été poursuivis : *omnibus tutoribus excussis*. Mais, comme l'un seulement a été désigné par ces magistrats, l'autre l'ayant été par testament, le principe de solidarité *alterius factum alteri quoque nocet* ne joue pas. Ce principe, en effet, exige un domaine d'attributions commun : *eandem tutelam gerere* et cette condition n'est elle-même satisfaite que si les tuteurs tirent leur mandat d'une origine commune.

La distinction que fait M. Lévy ne nous satisfait pas. A notre avis, l'*eandem tutelam gerere* se trouve réalisé dès l'instant que la gestion appartient indivisément aux tuteurs et nous comprenons mal l'intérêt que présente à ce point de vue la différence d'origine des tuteurs gérant en commun.

(22) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 47, n. 1. L'auteur admet qu'il s'agit par hypothèse d'une tutelle divisée, nous l'avons dit. Si donc il considère chaque tuteur comme tenu du *suspectum facere* à l'égard de son collègue, il

présenté une requête afin de faire déclarer son collègue suspect sont contredits par le début du texte, suivant lequel le cotuteur avait obtenu gain de cause : *suspectum fecit*.

Indiquons en passant que le second argument de M. Solazzi nous semble assez peu convaincant. A notre avis, le rôle du cotuteur se limitant à une dénonciation, *suspectum fecit* signifie simplement que cette dénonciation a été faite.

Mais, par ailleurs, il convient de remarquer que l'idée d'une obligation basée sur le *suspectum facere*, à laquelle semblent faire allusion les mots de *officio contutoris quaerendum* et qu'exprime clairement le reste de la phrase, n'est pas classique. C'est, par conséquent, la majeure partie de la phrase, depuis *de officio* jusqu'à *dicatur*, que nous pouvons rejeter comme interpolée⁽²³⁾. Et l'on est en droit de supposer qu'à défaut de règlement par le magistrat de la créance du pupille, celui-ci peut recourir contre ses tuteurs *cessantes suo periculo*.

Continuons l'examen du texte. Nous venons de voir que, si un tuteur a été désigné par des magistrats, ceux-ci seront responsables de son fait avant son collègue testamentaire *cessans suo periculo*.

A l'inverse, déclare ensuite Paul, il conviendra de poursuivre les collègues *cessantes* du tuteur avant les magistrats, si ceux-ci ont désigné tant le dit tuteur que les dits collègues :

Alias quidem cum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussi fuerint.

aboutit à une contradiction. En effet, les cotuteurs d'une tutelle divisée sont, nous le savons (voir *supra*, p. 64 et s.) « absolument » indépendants l'un de l'autre : on ne peut donc obliger l'un à subir le contrôle de l'autre sans contredire par là même ce principe d'indépendance.

(23) Lévy, *op. cit.*, p. 52 et 53, rejette la phrase tout entière.

D'où vient cette différence?

On est obligé de faire l'hypothèse suivante pour l'expliquer :

Quand les magistrats ont désigné plusieurs tuteurs, ils doivent répondre des uns comme des autres, au même titre, cela est évident. Si l'un d'entre les tuteurs, ayant engagé sa responsabilité vis-à-vis du pupille, est insolvable et si l'on poursuit les magistrats qui l'ont nommé, avant d'agir à l'encontre des cotuteurs *cessantes* tenus subsidiairement, du point de vue de ceux-ci, on rendra leurs garants responsables avant eux. Si donc le texte refuse cette solution, c'est qu'il suppose que l'équité ne permet pas de poursuivre les magistrats avant les cotuteurs qu'ils ont nommés, c'est-à-dire les répondants des débiteurs avant les débiteurs eux-mêmes.

Nous avons par conséquent la preuve que le texte de Paul précédemment étudié, qui assimilait les magistrats à des fidéjusseurs, n'entendait pas les déclarer responsables, comme des fidéjusseurs, au même rang que les tuteurs (24).

Donc deux branches à l'alternative :

Ou bien les tuteurs ont tous été nommés par les magistrats et l'on doit, à défaut de solvabilité du tuteur gérant, poursuivre les collègues *cessantes suo periculo* de celui-ci les premiers.

(24) PAUL, *D.*, 26, 5, 28, cité *supra*, p. 236, n. 2. On ne peut pas dire du reste que les magistrats étaient, quant à la responsabilité, assimilés à des cautions, avec cette réserve que, par égard pour les débiteurs (en l'espèce les tuteurs *cessantes*), ils n'étaient tenus qu'après ceux-ci. Les termes du texte : *non prius ad eos reverti... quam omnes tutores excussi fuerint* indiquent, en effet, que ce n'est pas au point de vue des tuteurs *cessantes*, mais au point de vue des magistrats, que l'on se place pour décider de poursuivre les tuteurs les premiers; ce n'est donc pas par simple égard pour ces tuteurs que les magistrats qui les ont nommés ne sont poursuivis qu'après eux.

Ou bien le gérant seul a été nommé par les magistrats, ses collègues *cessantes* étant des tuteurs testamentaires⁽²⁵⁾, et l'on doit, à défaut de solvabilité du tuteur gérant, poursuivre les magistrats qui ont nommé ce dernier, avant d'agir contre ses collègues.

Et c'est précisément ce second cas qu'envisageait le début du texte : *in proposito cum unus a magistratibus datus proponeretur, non est visum prius collegam conveniendum...* (26).

Le deuxième texte qu'il nous reste à étudier est d'Ulpien (27).

Il indique, en son début, une opinion inverse de celle de Paul :

Usque adeo autem ad contutores non venit, si sint sol-

(25) Rappelons que la *cessatio* n'a pu se produire, à l'Epoque Classique, que dans la tutelle testamentaire. Dans les autres formes de tutelle, en effet, la nécessité de l'intervention de tous les tuteurs à tous les actes de la gestion empêche de concevoir l'existence de la tutelle en présence de l'abstention d'un des tuteurs.

(26) Le texte se termine par ces mots : *...qui et suspectum fecit et testamento datus est, perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent*. Ce dernier passage est interpolé. D'abord l'incidente *qui et suspectum fecit* doit être rejetée, comme faisant allusion à l'obligation de surveillance du cotuteur. D'ailleurs le défaut de complément à *suspectum* la rend, à lui seul, suspecte. En outre, on ne peut dire que les tuteurs sont dans la situation de gérants d'une tutelle divisée. S'agissant, suivant notre interprétation, d'un tuteur gérant et de collègues *cessantes suo periculo*, on ne voit pas la raison pour laquelle, à défaut de solvabilité dudit gérant et de ses répondants, le pupille serait sans action contre les *cessantes*.

Il est curieux à ce point de vue de noter que M. Solazzi (*loc. cit.*) admet la pureté de cette fin du texte, tant en ce qui concerne l'obligation du *suspectum facere* qu'en ce qui concerne l'analogie avec la tutelle divisée. Sur ce second point, en effet, nous savons que, d'après lui, l'hypothèse du texte concerne cette forme de tutelle. Par suite, comment peut-il admettre que Paul ait déclaré semblable à une tutelle divisée une tutelle qu'il avait supposée telle.

(27) ULPEN (*L. 36 ad. Edict.*), *D.*, 27, 3, 1, 15. Nous supposons que

vendo contutores, ut prius ad m̃agistratibus qui eos dederunt vel ad fideiussores veniatur...

Paul, rappelons-le, décidait, au contraire, que, si les magistrats avaient nommé le tuteur, du fait duquel il y avait lieu à responsabilité, et ses collègues, ces derniers devaient être poursuivis les premiers.

Mais la suite du texte d'Ulpien rapporte que l'opinion opposée à celle qu'il donne, est généralement admise, notamment par Marcellus : ...*Quod enim Marcellus libro octavo digestorum scripsit quodque saepissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui dederunt veniri.*

L'on doit donc d'abord poursuivre les cotuteurs et, tant qu'un seul d'entre eux est solvable, il ne convient pas de s'adresser aux magistrats qui les ont désignés.

Et la fin du texte explique de la manière suivante cette seconde opinion : *sic erit accipiendum, si non cotutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere vel satis exigere nolit.*

En autres termes, le cotuteur n'est poursuivi avant les magistrats qui l'ont nommé, que s'il ne s'agit pas de répondre d'une faute de surveillance (28).

Cette phrase est incompréhensible et incontestablement interpolée : le rapprochement des deux notions, *satis exigere* et *suspectum facere* ne laisse aucun doute à cet égard.

ce texte concerne des cotuteurs *cessantes suo periculo*, mais, nous le verrons, si rien dans ses termes n'empêche de le supposer, rien non plus ne l'indique avec certitude.

(28) Le texte correspondant des Basiliques (38, 3, 1, HEIMBACH, t. III, p. 714) dit, au contraire, que les cotuteurs sont poursuivis avant les magistrats et cautions, s'ils ont commis une faute de surveillance.

... Εἰ μέντοι ὑπόπτοις ὀφείλοντες ποιῆσαι τοὺς συνεπ' τρόπους ὑπερέθεντο ἢ ληθεῖν παρ' αὐτῶν ἐγγύχας, αὐτοὶ πρὸ τῶν στρατηγῶν ἐνέχονται... Cette rectification

Il y a donc lieu de la rejeter. Mais alors nous restons en face d'une opposition complète entre les deux solutions successives du texte, opposition qu'aucun élément ne permet de justifier.

C'est pourquoi il semble qu'on soit fondé à déclarer le fragment d'Ulpien, non pas totalement interpolé, comme le suppose M. Lévy⁽²⁹⁾, car la référence à Marcellus prouve que le fond même du fragment est classique, mais en tout cas remanié par des auteurs postclassiques, qui l'ont rendu incompréhensible. Notons, en particulier, les incorrections de style suivantes : répétition de *contutores*, répétition également de la forme inélégante *venire ad*.

.....

Nous résumerons donc de la façon suivante la question du concours de responsabilité entre tuteurs et magistrats dont ils dépendent d'une part et entre tuteurs *cessantes suo periculo* et magistrats d'autre part.

En ce qui concerne les tuteurs et les magistrats qui les ont nommés ou ont omis de leur réclamer des garanties, il y a lieu de retenir la responsabilité des magistrats après celle des tuteurs.

En ce qui concerne les tuteurs *cessantes suo periculo* et les magistrats, il y a lieu de distinguer deux cas :

PREMIER CAS. — Les magistrats ont commis envers le pupille la faute de ne pas avoir exigé des tuteurs la *cautio pupilli*, mais, de leur côté, les collègues du gérant ont commis la faute de ne pas gérer, *suo periculo*. On considère leur manquement comme plus grave que celui des magistrats, et on les rend responsables avant ces derniers du fait du gérant.

du rédacteur de la compilation rend le texte plus compréhensible, mais la question de savoir quelle était l'opinion d'Ulpien reste entière.

(29) LÉVY, *op. cit.*, p. 56.

DEUXIÈME CAS. — Les magistrats n'ont commis aucune faute, mais ils ont nommé les tuteurs gérants. Leur responsabilité se trouve engagée par le fait même de cette nomination dans les conditions suivantes :

Avant les cotuteurs *cessantes*, si ceux-ci n'ont pas été nommés par eux;

Après les cotuteurs *cessantes*, si ceux-ci ont été, au contraire, nommés par eux.

En dernier lieu, il convient de penser qu'entre deux magistrats, l'un tenu comme ayant nommé le tuteur débiteur du pupille, l'autre comme ayant omis de réclamer à ce tuteur les garanties habituelles, le magistrat qui a fait la désignation du tuteur sera poursuivi le premier au cas d'insolvabilité de celui-ci. Du moins c'est la solution qui semble se déduire de celles qui précèdent.

Et les solutions qui précèdent, vraies pour l'Epoque Classique, peuvent être sans crainte adoptées pour le Bas-Empire, et ce malgré la modification apportée au fondement de la responsabilité des tuteurs *cessantes periculo*, si l'on suppose à leur charge une faute de surveillance. Car nous savons que leur responsabilité est par le fait de cette faute la même qu'elle l'était à l'Epoque Classique sans cette faute.

TITRE VI

PLURALITÉ DES TUTEURS EN MATIÈRE DE TUTELLE DES FEMMES

CHAPITRE UNIQUE

Parmi les nombreux textes que nous avons dépouillés, le plus grand nombre se réfèrent, nous l'avons vu, expressément à la tutelle des impubères; les autres, conçus en termes généraux, peuvent s'interpréter aussi bien en faveur de la tutelle des impubères qu'en faveur de la tutelle des femmes. En tout cas, aucun texte, si l'on fait exception pour une loi de Paul, reproduite aux *Frangments du Vatican* (1), ne s'occupe de la pluralité des tuteurs des femmes.

L'absence au *Digeste* de textes sur cette question ne doit d'ailleurs pas nous étonner, si l'on admet qu'au Bas-Empire la tutelle des femmes était depuis longtemps disparue (2) :

(1) PAUL, *Fr. Vat.*, 229, cité *supra*, p. 64.

(2) GIRARD (*op. cit.*, p. 233) considère la tutelle des femmes comme disparue, vraisemblablement en 390, où une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (*C.* 5, 35, 2) admet la mère à la tutelle de ses enfants, et en tout cas certainement en l'an 410 où le *jus liberorum* qui relevait la femme de son incapacité a été étendue par Théodose et

il est tout naturel que les compilateurs aient éliminé de leur travail les textes qui pouvaient se rapporter à la pluralité des tuteurs en la matière.

D'autre part, il est certain que les rapports de droit nés de l'existence simultanée de plusieurs tuteurs étaient vrais d'une façon générale aussi bien en matière de tutelle des femmes qu'en matière de tutelle des impubères.

En effet les deux institutions étaient identiques dans leur structure générale. Quatre seules différences sont à envisager au point de vue fonctionnement :

1° Le ou les tuteurs des femmes n'intervenaient que par voie d'*auctoritas* ⁽³⁾. Il en résulte simplement que les questions relatives à l'intervention de plusieurs tuteurs par voie de *negotiorum gestio* ne se posaient pas à leur sujet.

2° Le ou les tuteurs des femmes n'assistaient leur pupille que pour certains actes ⁽⁴⁾, tandis que l'intervention des tuteurs d'un impubère était prévue pour tous les actes rendant sa condition pire ⁽⁵⁾.

Mais cette différence ne peut en rien influencer sur la ques-

Honorius à toutes les femmes de l'Empire (C., 8, 38, 4). Selon M. Cuq, au contraire, on retrouverait la trace de la tutelle des femmes après Justinien (Cuq, *op. cit.*, p. 222 et la note 3).

En tout cas, il n'en reste pas moins vrai que, du point de vue de la pluralité des tuteurs, le seul qui nous intéresse, il ne figure au Digeste aucun texte relatif à la tutelle des femmes.

(3) ULPEN, XI, 25 : *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.*

(4) ULPEN, XI, 27 : *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo iudicio agent, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent...*

(5) *Inst.*, I, 24, pr. : *...namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis (s.-ent. pupillis) facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore...*

tion des rapports des cotuteurs dans l'exercice de l'*auctoritas*.

3° Fréquemment, le prêteur obligeait le ou les tuteurs de la femme à lui prêter leur concours. Evidemment, dans ce cas, leur responsabilité n'était pas engagée (6).

4° Enfin il existait au profit des femmes en tutelle des faveurs telles que la *tutoris optio*, la *coemptio* fiduciaire (7). Mais ces particularités ne modifiaient en rien le fonctionnement même de la gestion de la tutelle.

D'autre part, nous avons vu que Paul, étudiant la question de tuteurs nommés par testament à différentes catégories de biens, cite ensemble la tutelle des impubères et la tutelle des femmes (8).

De même, c'est à la suite d'un passage relatif aux modes d'intervention des tuteurs des impubères et des tuteurs des femmes, qu'Ulpien pose le principe de la nécessité de l'intervention de tous les tuteurs gérant en commun pour habilitier le pupille (9). Et il est bien évident que ce principe, en raison de la place qu'il occupe et des termes généraux dans lesquels il est conçu, s'applique indifféremment aux deux institutions.

.....

(6) D'ailleurs GAIUS, I, 490 et 491, d'après les termes qu'il emploie, semble même indiquer que, de son temps, le tuteur n'engageait en aucun cas sa responsabilité, puisque l'*actio tutelae* ne pouvait être intentée contre lui : *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur*. A moins que cette phrase ne vise que la fin de la phrase précédente, ainsi conçue : *...saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*.

(7) CUQ, *op. cit.*, p. 221, et GIRARD, *op. cit.*, p. 232.

(8) Voir *supra*, p. 64.

(9) ULPEN, XI, 26, cité *supra*, p. 82. Le passage qui le précède est cité plus haut.

Nous dirons donc pour conclure qu'il y a tout lieu de penser que, jusqu'à l'époque incertaine de la disparition de la tutelle des femmes, d'une façon générale toutes les règles en vigueur relatives à l'intervention de plusieurs tuteurs s'appliquaient indifféremment à la femme comme à l'impubère.

CONCLUSION

Au cours de l'étude qui précède, nous avons, pour chacune des questions examinées, dégagé la conclusion à laquelle conduisait l'interprétation des textes.

Il convient maintenant, en confrontant ces conclusions partielles, de préciser le sens de l'évolution du principe de la pluralité des tuteurs.

C'est vraisemblablement dans la forme de la pluralité des tuteurs que la tutelle s'est primitivement manifestée. Quand le père était décédé, le soin de veiller sur l'enfant ou sur la fille pubère incombait à la famille tout entière.

Plus tard, à mesure que le droit s'édifiait, on s'est rendu compte qu'il était de l'intérêt du pupille que la vocation éventuelle à sa succession déterminât la vocation à sa tutelle, la perspective pour le tuteur de pouvoir devenir un jour propriétaire des biens confiés à sa garde devant l'inciter à les gérer avec soin.

D'où ce principe que la tutelle appartiendrait non plus à tous les agnats, mais à l'agnat du degré le plus rapproché, c'est-à-dire le premier à appeler à la succession de l'impubère.

Et, de là, les jurisconsultes ont été amenés à admettre, avec la logique rigoureuse qui caractérisait leurs raisonnements, que la pluralité d'héritiers éventuels du pupille impliquerait comme conséquence la pluralité de ses tuteurs

Par ailleurs est apparue la nécessité de nommer un tuteur spécial aux biens éloignés, que le tuteur chargé des biens situés au siège de la tutelle ne pouvait atteindre efficacement. C'est là l'origine de la cotutelle divisée, où les biens de chaque région sont administrés par un tuteur distinct et indépendant.

Puis, peu à peu, la pluralité des tuteurs a été appliquée indistinctement aux diverses formes de la tutelle, et ce lors même que les biens du pupille n'étaient pas dispersés, en raison des avantages qu'elle présentait. D'abord, on a dû penser à juste titre qu'une décision prise après discussion de plusieurs tuteurs aurait plus de valeur qu'émanée d'un seul, puisqu'elle risquerait moins d'être le résultat d'une réflexion hâtive ou d'une impulsion.

Ensuite, la présence de plusieurs tuteurs simultanés est sans doute apparue comme devant établir entre eux un contrôle efficace, ne leur permettant que difficilement des tracasseries malhonnêtes et préjudiciables au pupille.

Les jurisconsultes n'ont d'ailleurs pas dû tarder à se rendre compte que le premier avantage était largement compensé par un inconvénient des plus graves.

La nécessité de l'accord de tous les tuteurs, à propos de chaque décision à prendre au nom du pupille, rendait sans doute cette décision plus judicieuse, mais elle la rendait aussi plus difficile.

Dans bien des cas on s'aperçut évidemment qu'elle paralysait la gestion; souvent un contrat avantageux pour le pupille a dû échouer par la mauvaise volonté d'un des tuteurs qui ne voulait pas y consentir.

Que faire? Revenir à la tutelle unique? Les jurisconsultes n'y ont pas songé. Ils se sont contentés de supprimer la nécessité de la pluralité des gérants, tout en conservant la pluralité des tuteurs.

Cette suppression n'a, du reste, pas été absolue. Il était légalement impossible d'enlever aux tuteurs le droit de gérer en commun ou par parts divisées, puisque ce droit était la conséquence logique du fait même de leur pluralité.

Mais le prêteur s'est efforcé d'éviter le plus possible que la gestion fût assumée par plusieurs tuteurs ensemble. Pour ce faire, il a veillé à ce que les cotuteurs nomment parmi eux un gérant unique, et, à défaut d'entente sur cette désignation, il l'a effectuée lui-même, en leurs lieu et place.

D'autre part, dans la majorité des cas où il était pourvu à la tutelle par le testateur, celui-ci ne manquait pas d'attribuer la gestion exclusive à l'un des tuteurs.

Enfin il arrivait qu'un tuteur demandât à gérer seul, en offrant en échange des garanties à ses collègues.

Mais il importe de remarquer que ce principe nouveau de gestion unique n'équivalait pas à une tutelle unique.

Deux avantages appréciables sur la tutelle unique subsistaient :

En premier lieu, la possibilité d'un contrôle réciproque des tuteurs entre eux qui, bien que ne comportant à l'Epoque Classique aucune sanction civile, constituait néanmoins, pour chacun, une obligation morale de surveillance.

En second lieu, le maintien de la responsabilité des tuteurs écartés de la gestion. Cette responsabilité était fondée sur la notion d'un mandat tacite donné par ces tuteurs à leur collègue gérant, soit lorsque la désignation de ce dernier émanait de ses cotuteurs ou du prêteur agissant en leur lieu et place, soit quand la gestion était attribuée moyennant caution. Ce n'est qu'au cas où la gestion avait été confiée à l'un des tuteurs par testament que ses collègues n'avaient aucune responsabilité du fait de celle-ci.

Si bien que, dans la plupart des cas, du point de vue de la

responsabilité, il n'y avait aucun changement par rapport au droit antérieur :

Le pupille conservait un recours pour le tout contre chacun de ses tuteurs, aussi bien quand tous avaient géré ensemble que quand un seul avait géré pour le compte de tous. Ce recours pour le tout était, suivant le fondement de la responsabilité, soit *in solidum*, soit solidaire proprement dit, et, en ce cas, nanti des bénéfices de cession d'actions et d'actions utiles, auxquels devait s'adjoindre plus tard le bénéfice de division.

Par ailleurs, on a admis qu'au cas de tutelle testamentaire indivise, l'abstention injustifiée de certains tuteurs ne paralyserait pas l'exercice de la tutelle, en n'exigeant que l'intervention de l'un d'eux pour habiliter le pupille et dans certains cas agir en son nom. Et cette tendance s'est accentuée au Bas-Empire. La tutelle dative sur enquête, la tutelle légitime et la tutelle *simpliciter data* ont été, la première vraisemblablement au v^e siècle, les deux autres, sous Justinien, assimilées à la tutelle testamentaire.

Est-ce à dire que le Bas-Empire ne s'est en rien différencié de l'Epoque Classique? Non. Il a comporté en matière de responsabilité une réforme importante. Le *suspectum facere* est resté une obligation purement morale à la charge de tous les tuteurs sans distinction dans les cas où le fait d'avoir négligé de l'intenter n'avait causé aucun préjudice au pupille : quand, par exemple, le tuteur devenait négligent ou que l'on redoutait de sa part une malversation. Mais il est devenu une obligation civile sanctionnée par une action en responsabilité, à la charge de certains tuteurs, dans les cas où le pupille avait eu à pâtir du défaut de surveillance de ces tuteurs : quand par exemple des contrats dolosifs avaient été conclus ou des droits avaient disparu par défaut d'exercice.

Cette obligation n'incombait, ainsi que nous venons de le dire, qu'à certains tuteurs. Ne pouvaient en effet avoir à en répondre les tuteurs gérants, soit par eux-mêmes, soit par mandataire. Il aurait été absurde de les tenir pour responsables d'un défaut de surveillance ayant amené leurs collègues à conclure un acte préjudiciable au pupille, alors qu'eux-mêmes y avaient participé directement ou indirectement et qu'ils avaient à répondre du fait de cette participation. Par conséquent, à leur égard, le principe de la responsabilité de chacun pour le tout, admis à l'Epoque Classique, s'est maintenu.

Au contraire, la responsabilité dérivée du *suspectum facere* peut se concevoir appliquée aux tuteurs qui se sont complètement tenus à l'écart de la gestion. N'ayant participé à cette gestion ni directement, ni indirectement, on peut leur faire grief de n'avoir pas surveillé leurs collègues.

C'est pourquoi le Bas-Empire a imposé le *suspectum facere* aux tuteurs *cessantes suo periculo* et aux tuteurs *cessantes* autorisés à ne pas gérer par décision testamentaire.

Les textes de l'Epoque Classique avaient rendu les tuteurs *cessantes suo periculo* responsables subsidiairement de la gestion par le simple fait qu'ils s'en étaient abstenus sans autorisation. Les textes du Bas-Empire ont eu tendance à prendre pour base de leur responsabilité le principe nouveau de l'obligation de surveillance. En autres termes, ils ont reconnu aux tuteurs le droit de ne pas s'acquitter de leurs fonctions normales, à condition toutefois qu'ils assument à l'égard de leurs collègues un rôle de surveillance.

C'était en somme, pratiquement, admettre, au cas de pluralité des tuteurs, la disparition de l'obligation de gérer, laquelle est, en principe, de l'essence de la tutelle, charge publique.

.....

Telle nous semble avoir été l'évolution du droit romain en matière de pluralité de tuteurs. Elle révèle de la part des juriconsultes une technique à la fois très judicieuse et très souple, dont les législateurs modernes ont intérêt à s'inspirer, puisqu'elle a subi l'épreuve du temps.

Calquer les rapports de droit sur les rapports naturels (c'est-à-dire en notre matière confier la garde de l'enfant ou de la femme à sa famille, puisque par instinct c'est à la famille que l'individu en péril fait appel); établir sur ces bases toute institution par un raisonnement rigoureusement et strictement logique; ne jamais démolir l'édifice pour en construire un autre à la place, mais se contenter d'y apporter les améliorations que la lumière des faits montre nécessaires, voilà tout le secret de la grandeur du droit romain.

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHÉLEMY.

Vu : *Le Président de la thèse,*
PAUL. COLLINET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

TABLE DES TEXTES CITÉS

*Les textes qui ont fait l'objet d'une étude particulière et les pages où ils sont élu liés
sont imprimés en caractères gras.*

I. Textes juridiques.

BASILIQUES :		Pages et notes	
	Pages et notes		
26, 5, 14.....	143, 17.	5, 31, 9.....	47, 27.
37, 2, 16.....	85, 3.	34, 9 et 10....	47, 27.
7, 3.....	95, 29; 96, 32; 140, 6.	35, 2.....	253, 2.
6.....	130, 34 bis.	37, 8.....	215, 32.
23.....	104, 47.	38, 1.....	148, 31.
30.....	203, 97.	2.....	68, 16; 133, 46.
11, 5.....	126, 21.	42, 4.....	86, 10.
38, 3, 1.....	169, 29; 201, 91; 249, 28.	44, 1.....	116, 9.
9, sc. 8...	151, 3.	51, 5.....	199, 89.
15, sc. 1...	163, 12.	6.....	170, 31.
21.....	187, 64.	52, 2.....	72, 25; 194 et 195.
8, 5.....	238, 6.	1.....	133, 44.
16, 1.....	217, 36.	3.....	215, 32.
2.....	221, 47.	54, 2.....	211, 17; 213.
18, 2.....	178, 48.	5, 55, 1.....	217 et 218 ; 232, 69.
		2.....	220 et 221.
		56, 2.....	130, 33.
		58, 2.....	178-181.
		59, 5, pr.	25, 3; 26, 5; 64, 8; 68 et 69 ; 75 et 76; 87, 12; 92, 26; 206, 2.
		1.....	68 et 69.
		64, 1.....	215, 31.
CODE JUSTINIEN :			
2, 18, 4.....	226, 60.		
4, 8, 1.....	159, 1; 162, 10.		
26, 1.....	34, 9.		
38, 5.....	114, 2.		
5, 30, 5.....	18, 7.		

	Pages et notes
6, 38, 4, pr., 1 a, 1 b, 1 c.....	14, 9.
8, 40, 2.....	183, 57.
28, 2.....	158, 1; 189, 69.
58, 1.....	254, 2.
DIGESTE :	
4, 4, 1, 3.....	38, 5.
12, 3, 5, pr.....	210, 11.
6.....	210, 11.
16, 3, 1, 22.....	165, 15.
43.....	158, 1; 164, 15.
29, pr.....	165, 15.
19, 2, 47.....	183, 57.
21, 1, 44; 1.....	160, 4.
2, 65.....	183, 57.
23, 2, 60, 2.....	144, 23.
26, 1, 7.....	31-34.
13, pr.....	37 et 38.
1.....	39, 8; 48, 30; 227, 60.
15.....	53 et 54; 55, 9.
2, 1, pr.....	12, 1.
11, 4.....	12, 3.
15.....	63, 4.
17.....	84 et 85; 86, 7; 92, 23; 224, 54.
18.....	85, 5; 91, 22.
19, 1.....	85, 6; 86, 7; 106, 51; 107, 53; 224, 54.
26, 1.....	140, 9; 143, 19.
30.....	15, 9.
32, 1.....	148 et 149.
34.....	13, 4.
4, 1, pr.....	17, 5; 19, 9; 22- 24.
2.....	55, 7.
3, pr.....	16, 2; 18, 8.
5.....	54, 6.
4.....	19, 10.
5, pr. et 1.....	88, 17.
2.....	86-91.
8.....	17, 7.

	Pages et notes
26, 4, 9.....	16 et 17.
5, 2.....	26, 5.
11.....	37, 3; 56, 10.
15.....	56, 13.
23.....	26, 4.
27, pr.....	63, 5.
28.....	236 et 237; 247, 24.
6, 2, 2.....	27, 7.
4, pr.....	14, 7; 26, 6.
1.....	26, 6.
2.....	26, 6; 46, 22.
7, 1, 1.....	210, 14; 211, 15.
3, pr.....	93.
1.....	12, 3; 14, 8; 94; 146, 25; 224, 51; 224, 53.
2.....	95; 135, 51; 138- 142; 146, 26; 148, 30; 224, 56; 233, 70.
3.....	95.
4.....	46, 24; 95 et 96.
5.....	96.
6.....	96.
7.....	97-99; 224, 52; 228, 62.
8.....	99 et 100; 225, 59; 228, 61; 229, 64.
9.....	228, 61; 241, 15.
4.....	64, 7; 65, 11.
7, 14.....	129, 31.
9, 8.....	40-44; 123, 15; 127, 24.
9.....	40-44; 49 et 50.
12, pr.....	150, 2.
14.....	123-125.
18, 1.....	166, 18.
19.....	119-121; 144, 20.
21.....	31-35.
24, 1.....	103, 44; 224, 53.
31.....	203 et 204.
32, pr.....	43, 15.

	Pages et notes
26, 7, 32, 7.....	150, 1.
33, 2.....	203, 95.
38.....	175-178.
39, 9.....	166 et 167.
41.....	211-213; 219 et 220.
46.....	124, 16; 131, 38; 154, 7.
41.....	131, 35.
42.....	155, 11; 184, 59; 204, 98.
46, 6.....	243-248.
47, 2.....	66, 12.
51.....	67, 14; 74, 1; 197, 86.
55, pr.....	74, 2; 193, 79; 202, 92; 231, 66.
1.....	162, 10; 173, 37.
2.....	214, 27; 227, 60; 230, 64; 231 et 232.
3.....	221 et 222.
4.....	128, 25; 135, 50.
58, 2.....	27, 9; 46, 23.
8, 4.....	102, 43.
5, pr.....	113, 1; 115, 5.
2.....	113, 1; 114, 4; 115, 6.
6.....	114, 3.
7, 2.....	116, 8.
19.....	39.
10, 1, 6 et 7.....	118, 1.
3, pr.....	118, 1; 119, 2.
18.....	27, 8.
5.....	125 et 126.
6.....	126, 22.
9.....	45, 20.
27, 1, 10, 6.....	56, 16.
7.....	18, 7; 57, 17.
8.....	57, 18 et 19.
12, pr.....	56, 14.
15, 17.....	30, 1; 33, 6.

	Pages et notes
27, 1, 21, 2 et 3.....	62, 3.
4.....	65, 10.
28, 2.....	56, 11.
29, 1.....	122, 11; 134.
35.....	215, 32.
2, 6.....	27, 8; 57, 20; 124, 15.
3, 1, 40.....	167.
11 et 12.....	167-175; 196, 82.
13.....	165-175; 190, 70; 193, 78.
14.....	168-175.
15.....	248-250.
17.....	189, 68.
18.....	187-189.
20 et 23.....	162, 9.
9, 4.....	44, 17; 151-155; 223, 50.
11.....	34, 9.
12.....	35 et 36.
15.....	162-164.
21.....	160, 5; 185-187; 193, 77.
6, 7, 4.....	164-166.
8.....	164-166; 173, 38.
7, 6.....	196-199.
7.....	171, 32.
8, 2.....	123, 15; 239 et 240.
3.....	239-242.
5.....	70-72; 214, 28; 235, 1; 238-242.
10, 7, 3.....	76-82; 206, 3.
16, pr.....	96, 34.
29, 2, 49.....	102, 43.
31, 16.....	159, 3.
38, 8, 1, pr.....	23, 18.
15, 1.....	23, 18.
16, 1, 4.....	53, 4.
17, 2, 13.....	59, 23.
41, 1, 13.....	78, 12.
43, 16, 1, 13.....	173, 38.
44, 7, 1, 12.....	38, 5.

	Pages et notes
45, 1, 6.....	38, 5.
2, 9, pr.....	159, 2.
46, 1, 26.....	196, 83.
36.....	185, 60.
3, 14, 1.....	104, 46; 105, 48; 141-143.
6.....	147, 27.
100.....	66, 13.
6, 4, 3.....	209 et 210 ; 223, 50; 225, 58.
7.....	124, 17.
46, 6, 12.....	128, 27; 198 et 199.
47, 10, 19.....	237, 4.
49, 1, 17, 1.....	58, 22.
14, 11.....	242, 16.
15, 5, 1.....	54, 5.
50, 16, 195, 2.....	22, 16.
GAIUS :	
I, 129.....	55, 8.
155.....	23, 21.
175.....	20, 11.
185.....	25, 1.
186.....	52, 1.
187.....	55, 8.
190 et 191....	255, 6.
199.....	25, 3.
200.....	25, 3; 76, 6; 88, 17 <i>bis</i> ; 90, 21.
II, 231.....	63, 6.
III, 17.....	16, 3.
40.....	19, 9.
IV, 73.....	32, 5.
182.....	27, 8.
INSTITUTES DE JUSTINIEN :	
I, 14, 1.....	53, 3.

	Pages et notes
I, 17.....	18, 8.
19.....	17, 7; 20, 11; 22, 13.
20, 2.....	55, 8.
21, pr.....	254, 5.
23, 5.....	47, 26; 56, 12.
24, pr.....	25, 3; 88, 17.
1.....	87, 14; 103, 45; 104, 46; 105 et 106; 108 et 109.

LOI DES XII TABLES :

5, 4, 5.....	16, 4; 22, 15.
--------------	----------------

NOVELLES DE JUSTINIEN :

4, cap. 1.....	216, 33.
118, cap. 4.....	22, 17.
cap. 5.....	23, 20; 24, 22.

THÉOPHILE :

I, 19.....	18, 7; 21, 11.
------------	----------------

ULPIEN, REG :

XI, 25.....	254, 3.
26.....	82 ; 89, 19; 206, 2; 255, 9.
27.....	254, 4.

FRAGMENTS DU VATICAN :

139.....	113, 1.
147.....	62, 3.
184.....	57, 19.
205.....	63, 3.
227.....	15, 9.
229.....	63 et 64 ; 253, 1.
230.....	12, 2.

II. Textes littéraires.

CICÉRON :

<i>Pro Flacco</i> , 34, 84.	89, 20.
<i>Epître</i> , 16, 15.....	237, 4.

Pseudo-Quintilien :

<i>Declam.</i> , 273.....	237, 4.
---------------------------	---------

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	1

TITRE PREMIER

Principe de la pluralité des tuteurs.

CHAPITRE PREMIER. — PLURALITÉ DES TUTEURS TESTAMENTAIRES.....	12
CHAPITRE II. — PLURALITÉ DES TUTEURS LÉGITIMES.....	16
§ 1. — Pluralité des tuteurs légitimes proprement dits.	16
§ 2. — Pluralité des tuteurs et patronat.....	18
§ 3. — Pluralité des tuteurs fiduciaires.....	19
§ 4. — Tutelle légitime et consanguins	22
CHAPITRE III. — PLURALITÉ DES TUTEURS DATIFS.....	25

TITRE II

Cas particuliers de pluralité de tuteurs.

CHAPITRE PREMIER. — RESPONSABILITÉ DU PÈRE POUR LA TUTELLE DE SON FILS « IN POTESTATE »	30
§ 1. — Étendue de cette responsabilité.....	30
§ 2. — Recours du fils contre son père.....	35
CHAPITRE II. — ADJONCTION D'UN CURATEUR A UN TUTEUR.....	37
§ 1. — Principaux cas d'adjonction.....	37
A. — Mauvaise santé ou grand âge du tuteur.....	37
B. — Accroissement de la tutelle.....	39
C. — Curateur <i>ad hoc</i>	44
D. — Caractère suspect du tuteur, parent, ami ou patron du pupille.....	45
§ 2. — Étendue de la responsabilité du curateur adjoint.....	48
CHAPITRE III. — TUTEUR OU CURATEUR CHARGÉ DE L'INTÉRIM.....	52
§ 1. — Tuteur intérimaire.....	52
§ 2. — Curateur intérimaire.....	56
§ 3. — Rapports entre le tuteur et l'intérimaire.....	59

TITRE III

Rapports des cotuteurs dans l'administration de la tutelle.

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — DIVISION DE LA TUTELLE.....	62
§ 1. — Les deux formes de division de la tutelle	62
§ 2. — Rapports des cotuteurs entre eux.....	64
A. — Principe.....	64
B. — Questions d'ordre général.....	68
C. — Division amiable des cotuteurs entre eux.	69
CHAPITRE II. — TUTELLE INDIVISE ENTRE LES TUTEURS	74
CHAPITRE III. — GESTION PAR UN DES COTUTEURS.	83
SECTION PREMIÈRE. — <i>Gestion par un des cotuteurs moyennant caution</i>	83
§ 1. — Tutelle testamentaire	84
§ 2. — Tutelle dative.....	86
§ 3. — Tutelle légitime.....	87
§ 4. — Intervention du préteur dans la désignation du tuteur gérant	91
SECTION II. — <i>Gestion par un des cotuteurs sans caution</i>	93
§ 1. — L'opinion d'Ulpien	93
§ 2. — Les autres références.....	102
SECTION III. — <i>Concours entre tutelle gérée moyennant caution et tutelle attribuée sans caution</i>	107

TITRE IV

Attributions particulières aux cotuteurs.

CHAPITRE PREMIER. — CONTRAT TUTEUR-PUPILLE.....	113
CHAPITRE II. — SUSPECTUM FACERE.....	118
§ 1. — Droit du cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect.....	118
§ 2. — Obligation du cotuteur de dénoncer son collègue comme suspect.....	122
§ 3. — Responsabilité du cotuteur qui a négligé de dénoncer son collègue comme suspect	127
A. — Principe.....	127
B. — Caractère subsidiaire de la responsabilité née du <i>suspectum facere</i>	135
CHAPITRE III. — TUTEURS SPÉCIAUX.....	138
§ 1. — Tuteurs honoraires	138
2. — Tuteur <i>notitiæ gratia</i>	146

	Pages
CHAPITRE IV. — L' « ACTIO TUTELAE » ET LES COTUTEURS.....	150
§ 1. — L' <i>actio tutelae</i>	150
§ 2. — Le <i>privilegium pupilli</i>	155

TITRE V

Responsabilité des cotuteurs.

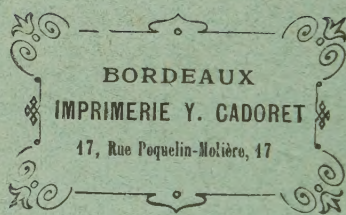
CHAPITRE PREMIER. — RESPONSABILITÉ DES COTUTEURS GÉRANTS.	158
SECTION I. — <i>Responsabilité in solidum des cotuteurs gérants</i> . .	161
§ 1. — Droit classique.....	162
A. — Principe.....	162
B. — L' <i>in solidum</i> et les bénéfices de cession d'actions et de division.....	167
§ 2. — Droit du Bas-Empire ..	180
SECTION II. — <i>Solidarité des cotuteurs gérants</i>	182
§ 1. — Bénéfice de cession d'actions.....	183
§ 2. — Actions utiles.....	190
§ 3. — La solidarité est-elle obligatoire entre cotuteurs?.	193
§ 4. — Bénéfice de division.....	196
SECTION III. — <i>Responsabilité de chaque tuteur gérant pour le tout</i>	202
CHAPITRE II. — RESPONSABILITÉ DES COTUTEURS « CESSANTES »... ..	203
SECTION I. — <i>Responsabilité des cotuteurs cessantes suo peri- culo</i>	205
§ 1. — Fondement de la responsabilité.....	203
§ 2. — Droit classique.....	209
A. — L' <i>actio tutelae</i> et le défaut de gestion.....	209
B. — La <i>cessatio</i> et l'action utile.....	211
C. — Caractère subsidiaire de l'engagement du <i>cessans</i> . ..	214
§ 3. — Tendance du Bas-Empire.....	217
§ 4. — Non-intervention à un acte isolé.....	219
1 ^{er} Cas : Abstention de certains tuteurs à l'acte.....	219
2 ^e Cas : Abstention de tous les tuteurs à l'acte.....	219
SECTION II. — <i>Responsabilité des cotuteurs cessantes autorisés</i> . .	224
§ 1. — Droit classique.....	224
A. — Gestion confiée à l'un des cotuteurs par volonté du testateur.	224
B. — Gestion confiée à l'un des cotuteurs par déci- sion de la majorité d'entre eux ou du prêteur.....	225
C. — Gestion confiée à l'un des cotuteurs moyennant caution.....	230
§ 2. — Tendance du Bas-Empire.....	232

	Pages
CHAPITRE III. — COTUTEURS ET MAGISTRATS.....	235
§ 1. — Cotuteurs et magistrats dont ils dépendent.....	235
§ 2. — Cotuteurs <i>cessantes suo periculo</i> et magistrats.....	237
A. — Faute du magistrat.....	238
B. — Désignation du tuteur gérant par le magistrat.....	242

TITRE VI

Pluralité des tuteurs en matière de tutelle des femmes.

CHAPITRE UNIQUE.....	253
CONCLUSION.....	257
TABLE DES TEXTES CITÉS.....	263
TABLE DES MATIÈRES.....	267



BORDEAUX
IMPRIMERIE Y. CADORET
17, Rue Poquelin-Molière, 17